Ch. Wink. del. Söhlen sc. 1779.

<366403878800 12

<366403878800 12

Bayer. Staatsbibliothek

Jus. 2430. C.

J. Part. 61. (1

Ueber die

Proceßkosten

deren Erstattung

und

Compensation

vom

D. Jacob Friedrich Georg Emmrich.

Göttingen,
im Verlag bey Vandenhöck und Ruprecht.
1791.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Sr. Wohlgebohrnen

dem

Herrn Hofrath

Heyne

widmet

diese Schrift

als ein geringes Denkmal seiner unbegränzten

Hochachtung und Dankbarkeit

der Verfasser.

Vorerinnerungen.

Da die Lehre von Erstattung der Kosten und deren Compensation ohnstreitig dieienige ist, welche bey der Rechtspflege am häufigsten in Anwendung kömmt, so sollte sie billig auf den richtigsten und gesetzmäßigsten Grundsätzen beruhen. Demohngeachtet aber finden wir eben hier die größte Disharmonie sowol in den Meynungen der Rechtsgelehrten, als auch in dem bis iezt üblichen Gerichtsgebrauche. Einige sind zu gelinde und compensiren auch da die Kosten, wo, unsern Gesetzen nach, der Sachfällige in die Erstattung derselben zu verurtheilen wäre; andere sind wieder zu strenge im Kostenerkenntnisse. Diese wesentliche Verschiedenheit entstand ohne Zweifel aus der falschen Voraussetzung,

daß die wenigen Stellen, welche das römische Gesetzbuch über den Kostenpunct enthält, zu Aufstellung allgemeiner und zuverlässiger Grundsätze in dieser Materie bey weitem nicht zureichten. Man nahm in dieser Hinsicht zwar durchgängig als ausgemachte Wahrheit an, daß der Sachfällige, der Regel nach, seinem Gegner die aufgelaufenen Kosten bezahlen müsse, allein man machte auf der andern Seite, aus übertriebener Liebe zur Billigkeit, wieder so viele Ausnahmen, daß die Zahl derjenigen Fälle, wo die Kosten zu vergleichen waren, iene, wo der verlierende Theil dieselben erstatten sollte, unendlich weit überstieg. Selbst die ältesten Provinzialgesetze Deutschlands trugen diesen Fehler an sich; sie überließen entweder das Kostenerkenntniß dem richterlichen Willkühr, oder begünstigten wenigstens die Vergleichung der Kosten allzusehr. Gegen dieses widernatürliche Verfahren, welches aufgeklärten Rechtsgelehrten damaliger Zeit nothwendig äußerst mißfallen mußte, trat zuerst

im

im vorigen Jahrhunderte David Peſtel, der Rechte Doctor und Profeſſor zu Rinteln, auf, und behauptete, daß die Koſtenerſtattung eigentlich nicht als Strafe, ſondern als Schadenserſtattung zu betrachten ſey; daß folglich der Sachfällige iederzeit des geringſten Verſehens wegen verantwortlich bleibe. Dieſe Meynung führte Henrich Temmen, der Rechte Doctor und Rath zu Osnabrück in einer Schrift, welche 51 Jahre nach iener erſchien, weitläuftiger aus, und 6. Jahre ſpäter that Jacob Henrich Zoll, der Rechte Doctor und Profeſſor zu Rinteln, ebendaſſelbe. Ob nun gleich dieſes Syſtem in neuern Zeiten hin und wieder ſeine Anhänger fand, ſo befolgte man doch daſſelbe weder in Gerichten, noch andern Spruchcollegien, ſondern ſah' es als bloſe Lehrmeynung an. Indeſſen gab der einſichtsvolle und verdiente Herr D. Adolph Dieterich Weber, der Rechtsgelahrheit ordentlicher öffentlicher Lehrer und Beyſitzer der Juriſten-Facultät und des Spruchcollegii auf

der Königlich Dänischen und Herzoglich Schleswig-Holsteinschen Universität zu Kiel im Jahre 1788. eine Abhandlung über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation heraus, worinn er diesen Gegenstand eben so, wie Pestel, Temmen und Zoll nach den Rechtsgrundsätzen von der Schadenserstattung behandelte. Dagegen schrieb der Herr Postdirector Hennemann zu Schwerin sogleich im nächstfolgenden Jahre 1789. eine Abhandlung unter dem Titel: Beytrag zur Rechtstheorie von Erstattung der Proceßkosten, und suchte auf 47. Octavseiten das Fundament der Kostenerstattung, welches der Herr Professor Weber aufgestellt hatte, vorzüglich aus dem ältern römischen Rechte zu widerlegen. Eine weitere Ausführung und die besondere Betrachtung der hauptsächlichsten bey dieser Lehre vorkommenden Fälle behielt er einer zwoten Abhandlung vor. Weil iedoch dieses Versprechen unerfüllt blieb und auch mir ienes sonst in mancher Rücksicht sehr scharfsinnig und gut ausge-

ausgeführte System des Herrn Professor Webers nicht nur dem gemeinen römischen Rechte, sondern auch unsern deutschen Reichs- und Provinzialgesetzen zu widersprechen schien; so entschloß ich mich, diese Materie zum Gegenstande meiner Inauguraldissertation zu wählen. *) Aber kaum war diese abgedruckt, so empfingen wir die zwote vermehrte und verbesserte Ausgabe der Weberschen Schrift, welche von der erstern blos dadurch sich unterscheidet, daß sie eine Widerlegung der vorzüglichsten vom Herrn Postdirector Hennemann gemachten Einwürfe enthält. Nachdem ich diese Zusätze genau durchgedacht hatte; so schienen sie mir ienes System mehr zu erschüttern, als zu befestigen. Je häufiger mir zugleich versichert wurde, daß man in Absicht des Kostenpuncts in vielen Gerichten auf Weberische Meynungen sich iezt berufe, um so weniger trug ich Bedenken,

diejenige

*) Sie erschien den 29. Apr. 1790. unter dem Titel: *De litium expensis quoad caussas ciuiles commentatio.*

diejenige Zeit, welche meine Geschäfte mir übrig ließen, auf eine weitläuftigere Widerlegung derselben zu verwenden. Und da wir überdieß in neuern Zeiten so manche vortrefliche Provinzialgesetze über die Lehre von Erstattung der Kosten und deren Compensation bekommen haben; so hielt ich es sehr zweckmäßig, bey Bearbeitung dieses Gegenstandes insbesondere hierauf Rücksicht zu nehmen. In dieser Absicht habe ich alle Gerichts- und Proceßordnungen, welche auf der hiesigen Königlichen Universitätsbibliothek befindlich sind, aufs genaueste durchsucht und von denen hierher gehörigen Stellen Gebrauch gemacht.

Damit aber auch der geneigte Leser theils von der treuen Anwendung derselben sich überzeugen, theils die Quellen selbst studiren könne, so habe ich die neuesten und vorzüglichsten deutschen Provinzialgesetze über den Kostenpunct am Ende beygefügt.

Göttingen am 18. Jänner 1791.

Innhalt.

Inhalt.

Erster Abschnitt,

Vom allgemeinen Grunde der Verurtheilung in die Proceßkosten und deren Vergleichung.

I. Entstehung der Proceßkosten und deren Umfang nach der heutigen deutschen Gerichtsverfassung §. 1. S. 1—6.

II. Eintheilung der Proceßkosten §. 2. S. 6—10.

III. Verbindlichkeit der streitenden Theile zu vorläufiger Bezahlung der Proceßkosten §. 3. S. 11—15.

IV. Quellen in Ansehung des Grundes der Verurtheilung in die Proceßkosten und deren Compensation §. 4. S. 15—16.

V. Verfügungen der Römer, um den Mißbrauch richterlicher Hülfe zu verhindern und zu bestrafen §. 5. S. 16—18.; insbesondere

1) in Rücksicht öffentlicher falscher Anklagen §. 6. S. 18—24.;

2) in Rücksicht bürgerlicher Processe §. 7. S. 24—31.

VI. Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten

1) nach gemeinem römischen Rechte §. 8-9. S. 31—52.;

2) nach deutschen Reichs- und

3) Provinzialgesetzen §. 10. S. 52—56.

VII. Grund der Compensation der Proceßkosten

1) nach gemeinem römischen Rechte §. 11. S. 56—67.;

2) nach deutschem Reichs- und

3) Provinzialrechte §. 12. S. 67—70.

VIII. Entgegengesetzte Meynung des Herrn Professor Webers über den Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten und deren Compensation:

1) Daß die Erstattung derselben keine Strafe, sondern Schadenserstattung sey §. 13-17. S. 70—91;

2) Daß der Sachfällige ob culpam leuissimam die Proceßkosten erstatten müsse §. 18—28. S. 91—139.

Zweyter Abschnitt,

Vom wahren Grunde der Verurtheilung in die Proceßkosten und deren Compensation in besondern Fällen.

Dieser kann

I. in Thatumständen liegen, deren Sinn, Grund oder Ungrund

1) entweder vor angestellter gerichtlicher Untersuchung klar gewesen ist, oder außergerichtlich hätte erforscht werden können,

a) factum proprium §. 29. S. 140-151.;

b) factum alienum §. 30. S. 151-155.;

2) oder ohne richterliche Untersuchung nicht hat ausgemittelt werden können §. 31-33. S. 155-174. — Was ist in Ansehung der Kostenerstattung Rechtens, wenn nach ausgemitteltem Grunde oder Ungrunde einer Thatsache der streitende Theil den Proceß fallen läßt, oder fortsetzt? §. 34. S. 174-177.;

3) oder blos durch Ableistung eines Eides hat ausgemittelt werden können,

a) Iuramentum litis decisorium, voluntarium:

α) delatum

α) delatum §. 35—36. S. 177—189.;
β) relatum §. 37. S. 190—197.

Fälle, wo die Ableistung eines willkührlichen Eides die Kostenvergleichung nicht wirken kann §. 38. S. 197—202.;

b) Iuramentum necessarium:
α) Suppletorium §. 39. S. 203-210.;
β) Purgatorium §. 40. S. 210—215.

Fälle, wo die Ableistung eines nothwendigen Eides die Kostenvergleichung nicht wirken kann §. 41. S. 215—218.

II. Vom Grunde der Kostenerstattung oder deren Vergleichung, welcher in Rechtsgrundsätzen liegt.

1) Unwissenheit und Irrthum in Rücksicht
a) deutlicher Natur- und Staatsgesetze §. 42. S. 218—220.;
b) allgemein bekannter oder zweifelhafter Gewohnheitsrechte §. 43. S. 220—223.

2) Dunkle Gesetze — Streitige Rechtsfragen §. 44. S. 223—227.;
a) Meynung des Herrn Professor Webers. — Widerlegung derselben §. 45-48. S. 227—247.;
b) Begriff streitiger Rechtsfragen §. 49. S. 247—252.;
c) Nähere Bestimmung, in wiefern wegen dunkler Gesetze, oder streitiger Rechtsfragen die Kostenvergütung statt habe §. 50. S. 252—253.;
α) Opiniones Doctorum §. 51. S. 254—263.;
β) Responsa iuris

aa) an

aa) an sich betrachtet §. 52. S. 263-272.;
bb) in besondern Fällen §. 53. S. 272—275.;
γ) Praeiudicia iuris §. 54. S. 276-281.
III. Vom Grunde der Verurtheilung in die Proceßkosten und deren Compensation, welcher im richterlichen Urtheile liegt,
1) das zum Theil günstig ausgefallen ist,
a) wegen der verschiedenen Gegenstände des Processes §. 55. S. 281—288.;
b) wegen einer geschehenen Zuvielforderung,
α) nach älterem Rechte §. 56. S. 288-290.;
β) nach heutigem Rechte §. 57. S. 291—298.;
2) das überhaupt günstig ausgefallen ist, aber seine Rechtskraft verlohren hat,
a) wegen der ergriffenen Appellation §. 58. S. 298—309.
Der Grund der geschehenen Abänderung des vorigen Urtheils liegt:
α) in Thatumständen §. 59. S. 309-315.;
β) in Rechtsgrundsätzen §. 60 — 61. S. 315—322.;
b) Nichtigkeitsbeschwerden §. 62. S. 322-328.;
c) Supplication, Revision, Leuteration, Oberleuteration §. 63. S. 329—331.;
d) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 64.—65. S. 332—340.

Dritter

Dritter Abschnitt,

Von einigen falschen Gründen der Kostenvergleichung.

I. Von der Vermuthung einer gerechten Proceßführung überhaupt §. 66. 341—342.

II. Insbesondere:

1) Von der Würde des verlierenden Theils §. 67. S. 343—346.;
2) Vom Fiscus und Fiscale §. 68. S. 347-352.;
3) Von der Kirche; von Mönchen und andern Geistlichen §. 69. S. 353—356.;
4) Von Anverwandten §. 70. S. 357.;
5) Vom unbescholtenen Character des verlierenden Theils §. 71. S. 363—368.;
6) Von der Ehrenrettung des verlierenden Theils §. 72. S. 366—368.;
7) Von der Armuth des verlierenden Theils §. 73. S. 368—370.;
8) Vom Eide für Gefährde §. 74. S. 371—373.;
9) Vom jüngsten und gegenwärtigen Besitze §. 75. S. 373—375.;
10) Von der Provocation ex lege diffamari §. 76. S. 375—377.;
11) Von der zweifelhaften bona fide des verlierenden Theils. §. 77. S. 377—378.;

Einige der vorzüglichsten Provinzialgesetze Deutschlands über die Proceßkosten.

I. Allgemeine Gerichtsordnung für die böhmischen, österreichischen, deutschen Erblande, S. 381—382.;

II. Codex iuris Bauarici iudiciarii de anno 1753. München 1755. S. 383—384.;

III. Churfächsische Proceß- und Gerichtsordnung, Dresden 1715. 384—385.;

IV. Frie-

IV. Friedrich Augusts, Königs von Pohlen und Churfürsten zu Sachsen ꝛc. Erläuterung und Verbesserung der bisherigen Proceß- und Gerichtsordnung, Dresden 1724. S. 385—387.;
V. Corpus Iuris Fridericianum S. 387.;
VI. Herzoglich Sachsen-Gothaische vermehrte und verbesserte Gerichts- und Proceßordnung, Gotha im Jahre 1776. S. 418—422.;
VII. Schwarzburgische erneuerte Gerichts- und Proceßordnung. Publicirt 1704. Rudolstadt S. 422—423.;
VIII. Brem- und Verdische Hofgerichtsordnung. Publicirt 1675.;
VIIII. Untergerichtsordnung für die Herzogthümer Bremen und Verden. Stade 1774. S. 426. 427.;
X. Cellische Oberappellationsgerichts-Ordnung, 1712. S. 427—429.;
XI. Calenbergische Canzleyordnung von 1663. S. 429—430.;
XII. Proceßordnung des Tribunals zu Wißmar, aufgerichtet und zu halten befohlen Anno 1657. S. 430—432.;
XIII. Hildesheimische Hofgerichtsordnung von 1730. S. 433—436.;
XIV. Proceßordnung E. W. E. und Hochweisen Raths der Kaiserlichen freyen und des heil. Reichs Stadt Mühlhausen, von 1730. S. 436—438.;
XV. Abdruck der Gerichtsordnung der Kaiserlich freyen Reichsstadt Bremen, nach welcher an den Gerichten, sowol in, als außerhalb der Stadt verfahren wird, Bremen 1751. S. 438—440.

Abschnitt I.

Vom allgemeinen Grunde der Verurtheilung in die Proceßkosten und deren Compensation.

§. 1.

Von Entstehung der Proceßkosten und deren Umfang nach der heutigen deutschen Gerichtsverfassung.

Schon in den ältesten Zeiten der Urwelt war der moralische Character der Menschen sehr verschieden. Aus dieser Verschiedenheit entstanden Beleidigungen, und diese erzeugten unter den Mitgliedern der Gesellschaft unzählige Streitigkeiten. So lange der Mensch in seiner natürlichen Freyheit lebte, suchte er seinen Beleidiger auf; er rächte das Unrecht, welches ihm zugefügt worden war und verfolg-

te sein Recht mit Gewalt nnd Waffen. Sobald er aber in eine Staatsgesellschaft trat, gehörte Entsagung der Selbsthülfe unter die ersten Pflichten, welche mit seinem Eintritt in dieselbe verbunden waren. Hier fand er Gesetze, die er zu befolgen gezwungen war und einen Richter, dem er seine Streitigkeiten vortragen und zur Entscheidung überlassen mußte (a). Nur in sehr wenigen Fällen erlauben die Gesetze, daß man sich der natürlichen Freyheit bedienen darf. —

Mit dieser Veränderung, welche in Rücksicht der Rechtsverfolgung vorgenommen wurde, entstanden die **Proceßkosten.** Zu diesen gehören **alle Ausgaben,** welche die Rechtsverfolgung oder die Vertheidigung im Wege Rechtens betreffen (b). Bleiben wir bey dem ordent-

(a) L. 13. D. quod metus causſa. (IV. 2) L. 2. §. 3. D. quod legat. (XLIII. 3.) L. 7. §. vlt. D. ad L. Iul. de vi priuata (XLVIII. 7.) L. 3. C. vt nemo priuatus (II. 16.) Siehe **Claproths** Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß §. 2.

(b) L. 22. §. 4. D. rat. rem hab. L. 102. D. de V. O. L. 46. §. 6. D. de procurat. S. Weber §. 1.

ordentlichen Richter stehen, so ist es zwar ein Glück für Deutschland, daß wir in mehreren Instanzen unser Recht verfolgen können und uns nicht blos mit dem Ausspruch eines einzigen Richters begnügen müssen; aber wenn wir auf der andern Seite einen Blick auf die Menge der Proceßkosten werfen, so ist es gewiß unleugbar, daß diese den streitenden Theilen sehr oft die grösten Unbequemlichkeiten verursachen. Ja noch drückender müssen sie seyn, wenn blos im landesherrlichen Interesse der Grund der unermeßlichen Proceßkosten liegt. Wie traurig ist es, wenn man erwägt, daß oft ein kleiner Fürst durch die Justizpflege, die doch Wohlthat für seine Unterthanen seyn sollte, seine Einkünfte auf die Art zu vermehren suchte, daß er mehrere Instanzen machte, doch so, daß eben dieselben Richter der ersten Instanz auch die der zweyten und folgenden waren. Ueberdieß lassen sich Richter, Advocaten und andere Personen, deren Hülfe die streitenden Theile benöthigt sind, nicht selten mehr bezahlen, als sie eigentlich zu fordern

berechtigt sind (c), oder suchen auch wohl gar durch unnöthige Verzögerungen und Chicanen ihre Kassen zu bereichern. Gesetzt aber, daß in Rücksicht übermäßiger Proceßkosten gegen die Diener der Gerechtigkeit gar keine Klage geführt werden könnte, so wachsen demohngeachtet sehr oft die Kosten aufs höchste an und übersteigen den Werth der Forderung, um welche gestritten wird. Man übersehe nur ihren ganzen Umfang und man wird sich hinlänglich davon überzeugen. Sieht man sich zur gerichtlichen Verfolgung seines Rechts genöthigt, so muß man sich vorher mit Procuratoren, Advocaten und Schreibern abfinden. Kommt die Sache vor das Gericht, so finden sich hier Richter, Assessoren, Actuarien, Secretair's und Kopiisten, die alle Belohnung für ihre Arbeit fordern. Mit gleichem Rechte verlangt der Gerichtsdiener Vergütung seiner Mühe und auch in den Landesherrlichen Fiscus fließt etwas für Stempelpapier. Sind diese Kosten bestritten, so ist vielleicht ein Zeugen-

(c) Schon Juvenal klagt hierüber *in Satyr. VII. v.* 104: *Quis daret historico, quantum daret acta legenti.*

genverhör nöthig und es entstehen wieder neue Ausgaben wegen der Reisekosten der Zeugen, und der Bemühungen des Richters oder Notarius. Ist es endlich so weit, daß das Urtheil gesprochen werden soll, so ist auch hier der Streitende schuldig, dem Collegium, an welches die Acten verschickt werden, dem Actuarius und dem Gerichtsboten ihre Arbeiten zu vergüten. Wird das Urtheil eröffnet, so kann selbst in diesem der Grund zu neuen Proceßkosten liegen. Man kann sich gravirt und zur Appellation von diesem Urtheile genöthigt sehen. Der Rechtsstreit wird also bey einer höhern Instanz von neuem fortgesetzt. Aber auch hier sind Assessoren, Procuratoren, Actuarien und Gerichtsdiener und die Proceßkosten häuffen sich eben so, wie in der ersten Instanz; ja sogar in der Maase, wie das Ansehen der Instanz wächst, wachsen auch die Gerichtsgebühren (d). Man denke sich nun, wie hoch die Summe der Proceßkosten auflaufen

(d) Leyser *de sumtibus litis ab aduersario suppeditandis*; in seinen *Meditat. ad Pandectas spec. LXXXVIII.* 1.

fen muß, wenn eine streitende Partey durch alle Instanzen hindurch ihr Recht verfolgt! Man erwäge, ob es nicht möglich ist, daß, wenn der Sachfällige in die Kosten verurtheilt worden ist, sehr oft der Ruin seiner ganzen Familie unausbleiblich seyn muß. — Man urtheile endlich, wie nöthig es ist, den wahren Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten aufzusuchen. —

§. 2.

Eintheilung der Proceßkosten.

Die Proceßkosten werden verschiedentlich eingetheilt (a). Sehen wir auf die nächste Veranlassung derselben so werden sie in **gerichtliche** und **außergerichtliche** eingetheilt, je nachdem sie entweder für die Bemühungen der Gerichtspersonen, oder für etwas anders entrichtet werden. Zu den **gerichtlichen Kosten**, welche man auch **Gerichtsgebühren, Leggelder** oder **Sportein**

(a) S. Pestel de expens. victor. §. 3 — 6. Lavterbach de expens. vict. §. 5 — 7. Zoll de litis expens. refus. §. 3. und 4. Weber über die Proceßkosten §. 1.

teln (b) nennt, gehört alles, was die Gerichtspersonen für Citationen, Bescheide, Urtheile, Zeugenverhöre und dergleichen von streitenden Theilen bekommen. Zu den **außergerichtlichen Kosten** gehört das Honorarium, welches der Advocat für ausgearbeitete Schriften und persönliche Auftritte, der Anwald für gerichtliche Ueberreichung der Schriften und Vertretung der Rechte des Principals, der Notarius für Verfertigung nöthiger Instrumente, der Actuarius für Expedition der Processe und der Gerichtsbote für die Insinuation empfängt; ferner gehören hierher die Auslagen für Abschriften, Stempelpapier, Briefporto, Reise- und Zehrungskosten für Principal, Advocaten, Anwald und Zeugen.

2) Sieht man auf das Verhältniß des Aufwandes und dessen Zweckmäßigkeit, so sind sie **nothwendige** oder **willkührliche Kosten**, ie

(b) Erasm. Vngebauer de sportulis. Jenae 1653. Henr. Melich de sportulis Lipsi. 1683. J. Christ. Hedler de variis modis lucrandi sportulas iudiciales, von der Gerichtssportelsucht, Vitemb. 1738. Henr. Brockes de sportulis, Duisb. ad Rhen. 1668.

te nachdem sie entweder zum rechtlichen Betrieb der Streitsache nach vollkommenen Rechten erforderlich sind, oder nicht. Zu den nothwendigen Kosten gehören alle Gerichtsgebühren und gesetzmäßige Honorarien der Advocaten und Procuratoren, wie auch alle nothwendige Zehrungs- und Reisekosten der Zeugen und streitenden Theile. Zu den willkührlichen Kosten (expensae delicatae) gehörten alle diejenigen Kosten, die eigentlich zum rechtlichen Betrieb der Streitsache nicht nothwendig sind, zum Beyspiel die Honorarien, welche Facultäten oder Privatdoctoren für ertheilte rechtliche Bedenken oder Urtheile erhalten, in so fern leztere vom Gericht selbst nicht eingeholt werden; außerordentliche Honorarien die man den Advocaten statt der arrha giebt; freywillige Geschenke und jährliche Salaria, die man zu desto eifrigem Betriebe der Sache ertheilt, besonders unnöthiger Aufwand in Absicht der Reisekosten und dergleichen.

3) In Rücksicht der Bestandtheile des rechtlichen Verfahrens, oder der Handlungen, welche nach und nach im Processe geschehen,

sind

sind die Proceßkosten entweder **Kosten einer ganzen Instanz**, oder **eines einzelnen Stücks des Processes** (c). Zu den leztern gehören zum Beyspiel die **Kosten eines Termins** (d). Jene aber sind entweder Kosten der ersten Instanz, oder der zweyten und folgenden Instanzen — zum Beyspiel der Restitutions- Leuterations- Supplications- und Appellations- Instanz. Die Kosten der erstern Instanz werden auch im engern Begriff Proceßkosten schlechthin genannt.

4) In Rücksicht auf die Verbindlichkeit, dem Gegner die ihm verursachten Kosten zu erstatten, entstehen nach der Veranlassung, welche diese Verbindlichkeit nach sich zieht, wieder mancherley Arten der Kosten. Sie können nämlich verursacht seyn

a) durch **Ungehorsam**, oder Nichtbefolgung gerichtlicher Vorschriften. — Dieß sind

(c) **Gottlob Eusebius Oelze** Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 285.

(d) **Gebh. Bastineller** de expensis termini. Vitemb. 1717.

sind die sogenannten Contumacialkosten, *expensae contumaciae* (e);

b) durch Veranlassung vergeblicher Auftritte vor Gericht oder durch ungebührlichen Aufenthalt des rechtlichen Fortgangs der Sache — dahin gehören die Kosten des verzögerten Streits, *expensae retardatae litis*, die Kosten wegen geänderter Klage (f) ꝛc.

c) überhaupt durch Mißbrauch der richterlichen Hülfe, dessen sich Jemand im Verfolge des Rechts schuldig gemacht hat. Diese pflegt man widerrechtlich verursachte Kosten schlechthin, auch Kosten der ganzen Sache, Kosten des verlohrnen Rechtsstreits, *expensas victoriae seu totis caussae* zu nennen (g).

§. 3.

(e) Temmen de litium expens. Cap. VIII. Sect. 2.

(f) Temmen de lit. expens. Cap. VIII. Sect. 3. Zoll de litis expensarum refusione Rintel. 1726. Temmen de expens. lit. Cap. VIII. Sect. 4.

(g) Henrici Bodini de expensis victoriae non praestandis Halae 1699. W. A. Lautterbach.

de

§. 3.

Verbindlichkeit der streitenden Theile zu vorläufiger Bezahlung der Proceßkosten.

Da in einem bürgerlichen Rechtsstreit iede Untersuchung und Verfügung des Gerichts auf geschehene Anträge der streitenden Theile vorgenommen wird; so folgt schon aus der Natur der Sache, daß ieder derselben alle Kosten, die seine Anträge vor Gericht verursachen, vorläufig zu bestreiten schuldig sey. Jedoch giebt es Ausnahmen von dieser Regel, nach welchen ein streitender Theil noch während dem Laufe des Processes die vorläufige Bestreitung der erforderlichen Kosten vom andern, oder wohl gar von einer dritten Person verlangen kann. Diese beruhen theils auf Billigkeit, theils fließen sie aus der Natur der Sache. Bleiben wir bey der Erstern stehen, so ist es unleugbar, daß man die Proceßkosten in der

Ab=

de expensis victoriae. Tübing. 1663. Dav. Pestel. de expensis victoriae aliisque varii iur. capitibus. Rintel. 1675. Sigm. Henr. Hülse de litium expensis, quas victus ob non iustam litigandi causſam praestare tenetur. Argent. 1675. Seyfarths deutscher Reichsproceß Cap. 33. §. 1.

Absicht verwende, um durch sie Güter und Lebensunterhalt zu erwerben. Daher treten in Rücksicht derselben eben die Grunsätze ein, welche in der Lehre von den Alimenten ihre Anwendung finden. So wie also der eine streitende Theil zur Alimentation des andern, welcher in der größten Armuth lebt, und zum voraus nur einige wahrscheinliche Gründe für seinen vermuthlichen Sieg aufweisen kann, bis zu geendigtem Processe den Rechten nach verbunden ist (a), eben so muß er auch die Proceßkosten bis zur richterlichen Entscheidung der Sache für ihn erlegen. Dieß tritt sogar in dem Fall ein, wenn die arme Partey sehr reiche Anverwandten haben sollte. Da aber unsere Gesetze nicht leugnen, daß es immer sehr hart sey, seinem Gegner die Waffen gegen sich

(a) *L. 27. §. 3. D. de inoff. testam.* (V. 2.) „De inofficioso testamento nepos contra patruum „suum vel alium scriptum heredem pro portione „agerat & obtinuerat; sed scriptus heres adpella„uerat; placuit interim propter inopiam pu„pilli alimenta pro modo facultatum, quae per „inofficiosi testamenti adcusationem pro parte ei „vindicabuntur, decerni, eaque aduersarium ei „subministrare necesse habere vsque ad finem li„tis."

sich selbst in die Hände geben zu müssen (b), so folgt natürlich daraus, daß man ohne hinlängliche Ursache keinem streitenden Theile eine so drückende Verbindlichkeit auflegen dürfe (c). Die andere Ausnahme tritt in dem Fall ein, wenn ein streitender Theil nach der Natur der Sache nicht auf seine, sondern die Kosten eines

Mehrere Fälle kann man nachlesen in *L.* 7. *C. de ord. cognition.* (VII. 19.) und in *Cap.* II. *X. de adcusat.*

(b) *L.* 7. *C. de testibus*: „Nimis graue est, vr„geri partem diuersam ad exhibitionem eorum, „per quos sibi negotium fiat."

(c) *L.* 17. *D. de tut. & ration. distrab. L.* 10. *D. de postulando. L.* 11. *C. de testib.* Da alle diejenigen Fälle, welche unter diese Ausnahme zu rechnen sind, bey gegenwärtiger Abhandlung eigentlich außer meinem Plane liegen, so verweise ich zu weiterm Nachlesen auf folgende Schriften: Temmen de litium expensis Cap. VI. Jac. Frid. Lvdovici de expensis litis actori a reo subministrandis. Halae 1712. Leyser. spec. LXXXVIII. 1. Henr. Hildebrand de praenumeratione expensarum parti aduersae lite pendente facienda. Alt. 1707. Joa. Jerem. Lincker de alimentis & expensis litis aduersario litem intendenti praestandis Giessae 1694. Joh. Ludwig Schmidt öffentliche Rechtssprüche Nr. 96. S. 638. J. G. Hennig von Alimenten der Eheleute und denen Kosten während des Scheidungsprocesses.

nes dritten seine Rechte durch richterliche Hülfe verfolgen kann. Dahin gehört unter andern der Vsufructuarius, welcher auf Kosten des Grundherrn streitet, sobald der Rechtsstreit nicht blos die Nutznießung, sondern zugleich das Eigenthum und den Nutzen des Grundherrn betrift; der Ehemann, der wegen des empfangenen Brautschatzes Streit bekömmt und denselben auf Kosten seiner Gattin führt, der Bürge, welcher auf Kosten des Hauptschuldners, der mandatarius, welcher auf Kosten des mandantis, der Vormund, welcher auf Kosten des Pupills gerichtliche Streitigkeiten betreibt (d).

Wenn nun keine dieser eben erwähnten Ausnahmen vorhanden gewesen ist, sondern jeder der streitenden Theile die durch seine gerichtlichen Vorträge verursachten Kosten vorläufig hat bezahlen müssen; so kann doch einer derselben in mancher Hinsicht dazu verurtheilt werden, daß er die seinem Gegner verursachten Kosten wieder erstatte. Da aber eine sol-

che

(d) Eine weitläuftigere Abhandlung über diese Materie findet man in Temmen tractatu de litium expensis Cap. 7.

che Verurtheilung in die Erstattung der Unkosten, wenn sie unrechtmäßiger Weise erkannt würde, außerordentlich ungerecht und drückend seyn könnte, so beruht sehr viel darauf, daß man den richtigen Grund derselben aufsuche.

§. 4.

Quellen in Ansehung des Grundes der Verurtheilung in die Proceßkosten und deren Compensation.

Unsere erste Pflicht, welche wir bey Aufsuchung des Grundes der Verurtheilung in die Proceßkosten und deren Compensation zu beobachten haben, besteht darinn, daß wir aufs genaueste untersuchen müssen, ob in unsern **positiven im deutschen Reiche geltenden Gesetzen** genaue Bestimmungen über diese Materie enthalten sind oder nicht. Sollte erstes seyn, so würden wir auf eine ganz unrichtige Entscheidungsquelle verfallen, wenn wir blos nach dem Naturrechte, oder den analogischen Gründen des positiven Rechts diesen Gegenstand bestimmen wollten. Entweder würden wir in den Fehler gesetzwidriger Strenge, oder übelangewendeter Gelindigkeit verfallen; folglich auf diese oder jene Art deutliche

Vor-

Vorschriften unsrer Gesetze überschreiten (a). — Werfen wir nun einen scharfsichtigen Blick auf unsre Gesetzbücher, so glaube ich nicht ohne Grund behaupten zu können, daß es uns in diesem Betrachte an einer hinlänglichen Norm nicht fehlen kann, sobald wir die hierher gehörigen Stellen in ihrer Verbindung genau erwägen (b).

§. 5.

Verfügungen der Römer, um den Mißbrauch richterlicher Hülfe zu verhindern und zu bestrafen.

Um die Ruhe und Sicherheit im Staate zu erhalten, untersagten die römischen Gesetze den Gebrauch der Selbsthülfe; erlaubten aber im Gegentheil einem ieden, sein Recht gerichtlich zu verfolgen. Da iedoch die Erfahrung bald lehrte, daß auch die richterliche Hülfe gemißbraucht werden könne, so mußten nothwendig Anordnungen getroffen werden, welche

(a) *Nov.* 82. *Cap.* 10. „Non habere licentiam iudices, minus, quam iuratum est, con„demnare, neque videri clementiorem lege.“ „*L.* 11. *D. de poenis.* (XLVIII. 19.)

(b) Eben dieses behauptet Herr Hennemann in seiner angeführten Abhandlung S. 4. und 5.

che sowol bey peinlichen Anklagen, als auch bürgerlichen Streitigkeiten ieden unerlaubten Gebrauch derselben so viel möglich verhinderten. In diesem Betracht verfiel man schon in den ältesten Zeiten des römischen Reichs nicht nur auf mehrere Mittel, wodurch man sich gegen ungerechte Streitende zu schützen suchte, sondern auch auf mehrere Strafen, wodurch man den boshaften Theil, wenn er vor Gericht unterlag, zur gebührenden Strafe zu ziehen suchte. Erst in spätern Zeiten kam man auf den Gedanken, die blose Erstattung der Proceßkosten, die dem Gegner widerrechtlich verursacht worden waren, als eine neue Strafe aufzustellen. Aus der Vergleichung dieser ältern und neuern Verfügungen, welche die Römer in Rücksicht des sachfälligen Theils trafen, läßt sich der wahre Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten mit mehrerer Zuverlässigkeit bestimmen. Da man iedoch diejenigen Strafen, deren man sich gegen ungerechte Proceßführer in bürgerlichen Streitigkeiten bediente, von denen, welche gegen öffentliche falsche Ankläger eines peinlichen Ver-

brechens statt hatten, sehr wohl unterscheiden muß, so will ich zuerst diese abhandeln und alsdann auf iene übergehen.

§. 6.

1) In Rücksicht öffentlicher falscher Anklagen.

Die Sitten des römischen Volks waren einst so sehr verdorben, daß es nicht an Subiecten fehlte, welche entweder aus Privathaß oder Gewinnsucht ihren unschuldigen Mitbürger fälschlich anklagten. Die Strafen, welche man gegen solche Bösewichte gebrauchte, waren nach Verschiedenheit des Zeitalters verschieden. *Ex lege Remmia* ward ihnen der Buchstabe K (*Kalumniator*) an die Stirne gebrannt (a). Kaiser Constantin aber, der es für unschicklich hielt, das Angesicht des Menschen, welches

seine

(a) Hauptstelle ist hier beym Cicero *pro Roscio XX.* "Sin autem sic agetis, vt arguatis, aliquem „patrem occidisse, neque dicere possitis, aut qua„re, aut quomodo, aut tantummodo sine suspi„cione latrabitis: crura quidem vobis nemo suf„fringet, sed si ego hos bene noui, *litteram* „*illam*, cui vos vsque eo inimici estis, vt etiam „eos omnes oderitis, ita vehementer ad caput „vobis affigent, vt postea neminem alium, nisi „fortunas vestras adcusare possitis." Ricciardi *della legge Remmia.* Napoli 1780. Zoll a. a. O. §. 12.

seine Schönheit ausmachen sollte, auf eine solche Art zu entstellen, hob diese Strafe auf und führte dagegen *supplicii similitudinem*, *poenam reciproci* oder *ius talionis* ein (b). Von dem Gebrauche dieser Strafe finden wir mehrere Beyspiele. Nach dem Zeugniß des Diodorus Siculus (c) ward die Gemahlin eines thracischen Königs, welche ihre Stiefsöhne wegen einer erdichteten gewaltsamen Stupration angeklagt und ihren Tod bewirkt hatte, nachher, als man den Ungrund ihrer Anklage entdeckte, mit eben der Strafe belegt, welcher sich ihre Stiefsöhne kurz vorher hatten unterziehen müssen. Sie ward gehauen und in die Erde gegraben. Ein ähnliches Beyspiel finden wir in den Schriften des Nicephorus Callistus und Eutropius (d). Fausta hatte nämlich auch wahrscheinlich zu erweisen gesucht,

(b) L. 17. C. de poenis (IX. 47.) L. 2. C. de exhibend. reis. L. vlt. C. de adcusation. Tit. Digestor. de adcusation. Cap. 1. und 2. X. de calumniator.

(c) *Lib. IV. historiarum.*

(d) Nicephorus Callistus Lib. VII. historiarum eccles. Cap. XXXV. Eutropius Lib. X.

sucht, daß sie von ihrem Stiefsohne geschwächt worden sey und bey Constantin dem Großen es dahin gebracht, daß der Angeklagte entdauptet worden war. Da man nach seinem Tode gewahr wurde, daß die Anklage ungegründet gewesen sey, so ergieng über Fausta eben das Schicksal, das man kurz vorher über ihren Stiefsohn verhängt hatte.

In der Folge der Zeit gaben die Gesetze gegen einen falschen Ankläger, der für seine Chicane bezahlt worden war, *actionem in factum*, vermöge welcher man binnen einem Jahre auf das *quadruplum*, nach Verlauf eines Jahres aber auf das *simplum* des empfangenen Geldes klagen konnte (e); gegen den aber, welcher Geld bezahlt hatte, um eine chicaneuse Anklage zu erregen, gestatteten die Gesetze eine Injurienklage. — Nicht weniger gaben sie gegen denjenigen, welcher dem andern aus Chicane quaestionem seruitutis ge-

(e) *L.* 1. *pr. D. de calumnia* (III. 6.) "In „eum, qui, vt calumniae caussa negotium face„ret, pecuniam accepisse dicetur, intra annum „in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse „dicetur, post annum simpli in factum actio com„petit." *L.* 5. *§.* 1. *D. eod.*

gemacht hatte, *actionem de calumnia.* Diese Klage gieng auf eine willkührliche Bestrafung; ja sie konnte nach Beschaffenheit der Umstände sogar bis auf das Exil sich erstrecken (f). Ueberdieß bestrafte man auch wohl dergleichen schlechte Creaturen mit der Deportation auf eine Insel oder mit dem Verluste des Ordens (g), von dem sie etwa Mitglieder waren; und Infamie war ohnedieß in den mehresten Fäl-

(f) *L.* 39. *§.* 1. *D. de liberali cauſſa* (XL. 12.) „Qui de ingenuitate cognoſcunt, de calumnia „eius, qui temere controuerſiam mouit, ad mo„dum exilii poſſunt ferre ſententiam." *L.* 31. *C. eod.* (IX. 46.) Paulli Recèpt. *Sentent.* V. 1. 5.

(g) Paulli *Receptar. Sentent. V.* 4. 11. "Qui „per calumniam iniuriae actionem inſtituit, ex„tra ordinem punitur. Omnes enim calumnia„tores *exilii*, vel *inſulae relegatione*, aut *ordinis* „*amiſſione* puniri placuit." *L.* 8. *C. de calumn.* (IX. 46.) "Noſtris & parentum noſtrorum con„ſtitutionibus comprehenſum eſt, eos, qui adcu„ſationem alienis nominibus praeſumſiſſent, dela„torum numero eſſe ducendos: atque ideo calu„mnioſiſſimum caput & perſonam iudicio irritae „delationis *infamiae* ſupplicium ſequatur; quo „poſthac ſinguli vniuerſique cognoſcant, non li„cere in eo, quod non poſſit oſtendi, iudicum „animos commoueri."

Fällen eine unausbleibliche Folge, die ihr Vergehen nach sich zog.

Unsre Gesetze bestimmen aber sehr genau, wen man als **Chicaneur** — calumniator — ansehen und auf eben erwähnte Art bestrafen konnte. — Die vorzüglichste Pflicht des Richters bestand darinn, daß er den Character des Klägers und die Absicht, welche bey seiner Anklage eigentlich zum Grunde lag, so viel möglich, aufzudecken suchen mußte. Ergab sich nun aus den gerichtlichen Verhandlungen, daß der Sachfällige gegen bessere Ueberzeugung geklagt habe (h), so erkannte der Richter in seinem Urtheile, daß er ihn als Chicaneur befunden habe; und so verfiel er von selbst in die durch Gesetze bestimmte Strafe (i). Fand hingegen der Richter keinen Umstand,

(h) Julii Paulli *Sententiar. Lib. I. Tit V.* §. 1.: "*Calumnioſus* est, qui *ſciens prudensque per* „*fraudem* negotium alicui comparat."

(i) Der Sitz dieser Lehre ist in der *L.* 1. §. 3. & 4. *D. ad SCtum Turpill.* (XLVIII. 16.): „*Sed* „*non vtique, qui non probat, quod intendit,* „*protinus calumniari videtur; nam eius rei in-*„*quisitio arbitrio cognoſcentis committitur, qui, reo* „*abſoluto de adcuſatoris incipit conſilio quaerere,*

„*qua*

stand, welcher den Sachfälligen einer wirkli-
chen Chicane hätte verdächtig machen können,
so durfte er ihn niemals mit der Infamie oder
ähnlichen Strafen belegen, wenn gleich der
Beweis desjenigen Verbrechens, weswegen
der andre vor Gericht angeklagt worden war,
durchaus nicht hatte geführt werden kön-
nen. War zum Beyspiel erwiesen, daß der
Ankläger vor Anstellung der Klage seine Ver-
nunft im geringsten nicht zu Rathe gezogen;
daß er durch Irrthum oder den unwahrschein-
lichsten Argwohn (*inconsultus calor*) eines be-
gangenen Verbrechens zu diesem Schritt sich
hatte verleiten lassen, so konnte die actio ca-
lumniae nicht in Anwendung kommen (k).

Hatte

„*qua mente ductus ad accusationem processit; &*
„*si quidem iustum eius errorem reperierit, absol-*
„*uit eum; si vero in euidenti calumnia eum de-*
„*prehenderit, legitimam poenam ei irrogat. Quo-*
„*rum alterutrum ipsis verbis pronunciationis ma-*
„*nifestatur. Nam si quidem ita pronunciauerit:*
„*non probasti, pepercit ei. Sin autem pronuncia-*
„*vit: calumniatus es, condemnauit eum.*"

(k) *L.* 1. *§.* 5. *ad SCtum Turpill.* welche weiter unten erklärt werden wird. Ueber die Schicksale und Strafen der Chicaneurs findet man mehreres in Voetii *commentar. in*

Hatte endlich der Richter in seinem Urtheil den Kläger als einen Chicaneur nicht dargestellt, so war es eine vergebliche Mühe, nach bereits gefälltem Urtheil Chicane desselben aufzudekken und um Bestrafung nachzusuchen (l).

§. 7.

2) In Rücksicht bürgerlicher Processe.

Gehen wir auf bürgerliche Streitigkeiten über, so fehlte es auch nicht an schlechten Personen, welche ihren Mitbürger gegen bessere Ueberzeugung in einen grundlosen bürgerlichen Streit

Pandect. ad Tit. de calumniatoribus; ad SCtum Turpillianum &c. Brunnemanni *commentar. in Pandect. ad Tit. de calumniatoribus; ad SCtum Turpill.* Brenomann. *ad L. Remmiam Cap.* 20. Eiusd. *fata calumniatorum sub imperatoribus.* Ottonis *thesaur. Tom. III. pag.* 1573. und 1654. Brisson. *antiquitat. Lib. III. Cap.* 17. Iac. Henr. Zoll dissert. de litis expens. refusione Rintel. 1726. §. 12. Temmen de litium expens. Cap. VIII.

(l) *L. 1. C. de calumniator.* (IX. 46.) "*Calumnia eo tempore* (sc. sententiae) *coerceri solet, quo de caussa praesente accusatore iudicatur; ideoque posteaquam de caussa iudicatum est, contra desuetudinem calumniam accusatoris puniri desideras.*"

Streit verwickelten, oder als Beklagte chicanirten. Die Mittel, wodurch man sich gegen solche Chicanen sicherte, oder wenn sie wirklich schon vorgefallen waren, deren Urheber bestrafte, waren ebenfalls nach Verschiedenheit des Zeitalters verschieden. Nach dem Zeugniß römischer Schriftsteller war es eine alte Gewohnheit, daß beym Anfange eines Rechtsstreits iede der streitenden Parteyen eine bestimmte Summe Gelds, nämlich *quingentos aeris*, im Tempel des Saturns vor dem Pontifice niederlegten. Derienige, welcher vor Gericht siegte, nahm das Seinige wieder zu sich; aber die vom Ueberwundenen niedergelegte Summe blieb bey dem aerario und wurde zu öffentlichen gottesdienstlichen Anstalten verwendet. Daher kam es, daß man diese Gelder *Sacramentum* nannte (a). — Es war auch nichts ungewöhnliches, daß man sich auf den Fall, wenn man sachfällig werden würde,

(a) *Valerius Maximus* sagt unter andern: „Aphronia tamen cum sorore sacramento contendere noluit testamentumque matris patientia, „quam iudicio conuellere sanctius esse duxit."

de, noch eine größere Summe, zum Beyspiel den dritten, fünften oder zehnten Theil dessen, worauf man klagte, *per sponsionem* wechselseitig versprach. Jedoch ward diese größere Summe nicht, wie iene, im Tempel des Saturns niedergelegt; sondern der Sieger forderte sie vom Ueberwundenen ex sponsu. — So scheinen sich in den ältern Zeiten des römischen Reichs beyde streitende Theile für Chicane wechselseitig selbst gesichert zu haben. Wir finden aber auch noch weiter in den Anfangsgründen des römischen Rechts und im Codice Spuren von einer besondern *actione calumniae*, mit welcher man von demjenigen Kläger, welchen der Richter in seinem Urtheile für einen ungerechten Processführer erklärt hatte, den zehnten Theil dessen, worauf die Klage gerichtet war, fordern konnte.(b). Diese actio calumniae scheint von der eben erwähnten actione ex sponsu ad decimam litis partem verschieden gewesen zu

seyn

(b) §. 1. *I. de poena tem. litig.* (IV. 16.) "Vetus calumniae actio — in partem decimam „litis actores mulctabat."

seyn (c), wiewohl auch einige Schriftsteller das Gegentheil behaupten (d).

Aber auch diese *actio calumniae* hatte gleiches Schicksal mit andern menschlichen Institutionen; sie kam allmählig ab, und war schon zu Anfang des sechsten Jahrhunderts ganz außer Gebrauch. Justinian suchte daher eben so, wie seine Vorgänger dafür zu sorgen, daß niemand aus Bosheit oder Leichtsinn den andern vor Gericht ziehen, oder als Beklagter dasienige, worauf die Klage gerichtet war, ohne Grund ableugnen möge (e. Er schaffte die actio calumniae ab und befahl durch eine neue Constitution, daß beyde streitende Theile zu Anfang des Rechtsstreits den **Eid für Gefährde** ablegen sollten (f). Wollte sich

Klä-

(c) Dieß hat Herr **Hennemann** in seinem **Beytrag zur Rechtstheorie von Erstattung der Proceßkosten** §. 4. durch mehrere Gründe darzuthun gesucht.

(d) HEINECCIUS in antiquitatum Romanarum iurisprudentiam illustrantium syntagmate. Lib. IV. Tit. 16. §. 4.

(e) *§.* 1. I. *de poen. tem. litig.* "Ne *facile* homines ad litigandum procederent."

(f) Nam & actor pro calumnia iurare cogitur „ex nostra constitutione" *L.* 2. *pr.* C. *de iureiur.*

pro-

Kläger, oder Beklagter hierzu nicht verstehen; so wurde Ersterer als ungerechter Proceßführer sachfällig und man hörte ihn, mit seinen Anträgen, die er vor Gericht thun wollte, nicht mehr (g); in Rücksicht des Leztern aber nahm der Richter die angestellte Klage als eingestanden an (h).

Da iedoch Justinian voraussahe, daß ohngeachtet des geleisteten Eides für Gefährde der

propter calumn. dando. (II. 59.) "Et *actor* qui-
„dem iuret, *non calumniandi animo se litem mo-*
„*uisse, sed existimando, bonam caussam habere.*
„*Reus* autem non aliter suis allegationibus vtatur,
„nisi prius & ipse iurauerit, quod putans, *se bo-*
„*na instantia vti*, ad reluctandum peruenerit."
L. 44. §. 4. D. fam. herciſc.

(g) *L. 2. §. 6. C. eod.* "Quodsi *actor* noluerit
„sacramentum calumniae subire & hoc legitime
„fuerit adprobatum, non liceat ei penitus ad li-
„tem peruenire, sed *cadat ab instituta actione*,
„quasi *improbus litigator*, & tristitia iudicum ei
„cum summa interminatione occurrat & a iudi-
„cio eum quam longissime expellat."

(h) *L. 2. §. 7. C. eod.* "Sin autem *reus*,
„hoc sacramentum subire, recusauerit: in his
„capitulis, quae narratione comprehensa sunt,
„*pro confesso habeatur*, & liceat iudici, senten-
„tiam proferre, quemadmodum ei ipsa rei quali-
„tas suggesserit."

der Gegner chicanirt, oder aus einem solchen Grade der Unbesonnenheit, welche den Gesezzen nach der Bosheit gleich geschäzt wurde, in ungerechte Streitigkeiten verwickelt werden könne, so befahl er zugleich durch eben diese Constitution: daß der unredliche Proceßführer seinem Gegner alle verursachte Schäden und Kosten ersezen sollte (i).

Ob nun gleich Justinian auf solche Art die ältere actionem calumniae völlig aufgehoben zu haben scheint, so bemerken wir doch, daß er in der Folge durch eine neue Constitution sie wiederherzustellen suchte (k). Indessen finden wir vom Gebrauch derselben in unsern Gesezen keine Spuren.

Ende

(i) *§. 1. l. de poena tem. litig.* "Pro veteris „calumniae actione — introductum est, — vt „improbus litigator & *damnum & impensas litis* „inferre aduersario suo cogatur."

(k) „Ad excludendas — calumnioſe mouen„tium intentiones — sancimus, — vt — actor — „si postea fuerit adprobatus, iniuste litem mo„uisse, sumtuum & expensarum nomine *decimam* „*partem eius quantitatis, quae in libello contine*„*tur*, pulsato restituat." *Nov.* 112. *Cap.* 2. Aus dieser Constitution ist die gleichlautende *Auth. Generaliter C. de episcopis & clericis* genommen.

Endlich hatten die Römer noch andre Strafen, womit sie hauptsächlich diejenigen ungerechten Proceßführer belegten, welche sich eines frevelhaften Leugnens schuldig gemacht hatten. Hieher gehört I) die *poena dupli damni reo dati*, welche in drey Fällen statt hatte, nämlich 1) wenn iemand ein depositum miserabile wissentlich ableugnete (l); 2) oder nicht gestehen wollte, daß er dem andern widerrechtlich einen Schaden zugefügt habe (m); 3) oder exceptionem non numeratae pecuniae gegen bessere Ueberzeugung opponirte. II) Die *obligatio in solidum*, womit derienige belegt wurde, welcher sich dolose weigerte, dasjenige Thier, welches dem andern Schaden zugefügt hatte, als das seinige anzuerkennen (n). III) Die Uebertragung des Eigenthums auf den Kläger, so oft der Beklagte vorgab, daß er das Gut, welches in Anspruch genommen war,

(l) §. 17. 26. I. de actionibus.

(m) Nov. 96. Cap. 1. Auth. libellum C. de litis conteſtat. L. 2. §. 1. L. 23. §. pénult. D. ad Legem Aquil. L. 4. C. eod.

(n) L. 1. §. 1. D. ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.

war, nicht besitze und durch die richterliche Untersuchung vom Gegentheil überführt wurde (o).

Wir haben nun zwar im deutschen Reiche das römische Recht als gemeines Recht anerkannt, allein die actio calumniae und die drey leztern Arten der Strafen, deren man sich gegen ungerechte Proceßführer bediente, sind in unsern Gerichtshöfen niemals in Gebrauch gewesen. Hingegen die Verurtheilung des Sachfälligen in die Erstattung der Proceßkosten, welche mit unsern Sitten und Instituten sehr gut übereinstimmt, haben wir billig angenommen und durch diese und ähnliche wirksame Strafen der Bosheit und groben Nachläßigkeit streitender Parteyen Gränzen zu setzen gesucht.

§. 8.

Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten 1) nach gemeinem römischen Recht.

Ich komme nun endlich näher zur Untersuchung der Frage:

Welches ist der wahre Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten?

Wenn

(o) L. fin. D. de rei vindicat.

Wenn ich dasienige erwäge, was ich bis iezt von der richterlichen Hülfe, als Surrogat der Selbsthülfe, und von den verschiednen Arten, den Mißbrauch der richterlichen Hülfe zu verhindern und zu bestrafen, gesagt habe; wenn ich damit alle gesetzlichen Stellen, welche einiges Licht über diese Materie verbreiten, sorgfältig vergleiche; so glaube ich, wenigstens nach meiner Einsicht, nicht ohne Grund daraus folgern zu können, daß *mala fides* des sachfälligen Theils der wahre Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten sey. Diese kann nun entweder im bösen Vorsatz *(dolus, calumnia)* oder in grober Nachlässigkeit, welche ienem gleich geschätzt wird (a), bestehen. Unsre Gesetze bedienen sich in Bestimmung dieses Grundes verschiedner Ausdrücke, welche ich iezt zu Bestätigung meiner Meynung kürzlich durchgehen und erklären will.

1) Befehlen die Gesetze dem Richter, den streitenden Theil, welcher sich einer Chicane oder Kühnheit schuldig gemacht hat, in die Kosten zu verurtheilen. Die gesetz-

(a) *L.* 32. *D. depositi.* (XVI. 3.)

gesetzlichen Stellen, welche hierher gehören sind folgende:

a) "*Calumniam & audaciam temere litigantium* condemnando in expensis & alio „multiplici remedio sanctio imperialis com„pescit. Quoniam igitur sacris institutis „consonare dignoscitur, praecipimus, vt „de cetero in caussis pecuniariis victus vi„ctori in expensis condemnetur, nisi sen„tentia pro absente feratur." (b)

b) "Praesenti decreto statuimus, vt si — „exceptiones — per *excogitatam malitiam* „opponuntur, ad soluendas alteri parti „modicas expensas — condemnetur." (c)

c) "Non ignoret is, cuius ex interpel„latione aliquis secundum datam formam „in longinqua protractus fuerit examina, „quodsi culpa fuerit dilata cognitio, vel mi„nime actioni suae interfuit, vel delata „non probauerit, pro *calumnia* quidem „poenam luat legibus constitutam, pro pe„cunia-

(b) *Cap.* 10. X. *de poenis.* (Lib. V. Decret. Tit. 37.)

(c) *Cap.* 5. *X. de dolo & contumacia.* (II. 14.)

„cuniaria vero cauſſa poſt ſumtus, conſi-
„derata quantitate poſtulatorum, vel me-
„dii itineris interuallo, condemnationem
„pro aeſtimatione iudicis ſuſtinebit.“ (d)

d) „Non eſt ignotum, tutores vel cu-
„ratores adoleſcentum, ſi nomine pupillo-
„rum vel adultorum ſcientes *calumnioſas* in-
„ſtituant *actiones*, eo nomine condemnari
„oportere: ne ſub praetextu nominis eo-
„rum propter ſuas ſimultates ſecure lites
„ſuas exercere poſſe exiſtiment.“ (e)

Unter Chicane in bürgerlichen Proceſſen verſtanden die Römer nichts anders, als eine grundloſe gerichtliche Klage, die man wider beſſere Ueberzeugung anſtellte, oder grundloſe Einwendungen, durch welche man das Geſuch des Gegners zu vereiteln ſuchte. Einer **Kühnheit** machte ſich der nothwendig ſchuldig, welcher eine Klage anſtellte, von deren Rechtmäßigkeit er nicht überzeugt war; oder Einreden vorbrachte, deren Grundloſigkeit er ſelbſt

(d) *L. 4. C. de fruct. & lit. expenſ.* (VII. 51.)

(e) *L. 6. C. de adminiſtrat. tutor.* (V. 37.)

selbst kannte (f). Niemand wird also wohl bezweifeln, daß ein solcher wegen seines malae fidei in die Kosten verurtheilt werden müsse.

2) Eine zweyte Verordnung des geistlichen Rechts geht dahin, daß der Richter dem sachfälligen Theile weder Bosheit noch Betrug verzeihe, sondern ihn, wenn er sich derselben schuldig gemacht habe, in die Kosten des Processes verurtheile. Wir finden sie in zwey gesetzlichen Stellen:

a) Nos attendentes, *malitiam* & *dolum* nulli patrocinari debere, mandamus, „— expensas, quas propter hoc monachi „feciſſe noſcuntur, eis a canonicis restitui (g).

b)

(f) In der *L.* 12. *D. pr. de publicanis* sagt Ulpian: "*Quantae audaciae, quantae temeritatis* sint publicanorum factiones, nemo est, „qui nesciat." Selbst dieser Titel der Pandecten, Livius und andre römische Schriftsteller beschreiben uns diese *audaciam & temeritatem* sehr gut; und überzeugen uns hinlänglich, daß beyde der *malae fidei* untergeordnet seyn müssen.

(g) *Cap.* 2. *X. de dolo & contum.*

b) "Is, qui *dolo* vel *fraude* aduerſa-
„rium ſuum laborare coegit, in expenſis
„damnari debet eidem" (h).

Daß dieſe Verordnungen meine Mey-nung beſtätigen, ſieht man wohl augenſchein-lich.

3) Eine dritte Verordnung iſt von Ju-ſtinian und hat zur Abſicht, daß der un-redliche Proceßführer ſeinem Gegner al-le Schäden und Proceßkoſten erſtatten ſoll.

„*Improbus litigator* & damnum & impenſas
„litis inferre aduerſario ſuo cogatur" (i).

Improbus litigator wird derjenige genannt, welcher entweder gegen ſeine Ueberzeugung (aus böſem Vorſatz); oder ohne Ueberzeugung (aus grober Nachläſſigkeit); iemanden in Streitig-keiten verwickelt. Dieſe Erklärung ſtimmt nicht nur mit den beſten Schriften der Römer überein, ſondern unſere Geſetze beſtätigen ſie auch. Wenn man ſich bey beyden einige Au-genblicke verweilt, ſo wird man finden, daß

das

(h) *Cap.* 3. *X. de reſcript.* (l. 3.)

(i) *§.* 1. I. *de poena tem. litig.*

das Wort *improbus* theils mit dolus und culpa lata in eine Classe gesetzt, theils alles dasjenige dadurch ausgedruckt wird, was man gegen deutliche Gesetze unternimmt. Und daß die leztere Bedeutung eine culpam latam in sich schließe, ist wohl keinem Zweifel unterworfen. Was also

a) **Beweise aus römischen Schriftstellern betrift, so will ich nur folgende wenige anführen.**

α) *Quinctilian* sagt: "Adhuc ambo *im-*
„*probi* estis, ambo *calumniatores!*" (k)

β) **Plinius:** "Hominem ego hic quae-
„ro *malum*, *impium*, *periurum* atque
„*improbum.*"

γ) Beym Cicero finden sich folgende Stellen:

aa) "Et Pythius & omnes *aliud*
„*agentes, aliud simulantes perfi-*
„*di, improbi, malitiosi* sunt." (l)

"bb) *Ma-*

(k) *Declam.* 319.

(l) *de offic. III.* 14. 16.

bb) "*Malus* ciuis, *improbus* conſul, „*ſeditioſus* homo Cneius Carbo „fuit."

cc) "Homo *nequam*, *turpis*, *im-* „*probus*, *multis flagitiis contami-* „*natus*."

dd) "*Improbus inteſtabilisque* eſto!"

b) Als geſetzliche Beweiſe können fol-gende dienen:

α) Paulus ſagt: „Et puto *improbum* „*eſſe eum*, *qui velit iterum conſequi*, „*quod accepit*," (m)

β) Kaiſer Juſtinian: "Quodſi *actor* „*noluerit ſacramentum calumniae ſubi-* „*re* — cadat ab inſtituta actione, qua-„ſi *improbus* litigator." (n)

γ) Marcian drückt ſich von dem, der eine falſche peinliche Anklage fallen läßt, auf dieſe Art aus: "maioreque „odio dignus eſt, qui *temere* ad tam „*improbam adcuſationem* proceſſit." (o)

δ) Von

(m) *L.* 51. *§.* 1. *in fine D. de re iudic.* (XLII. 1.)
(n) *L.* 2. *§.* 6. *C. de iureiur. propter calumn. dando.* (II. 59.)
(o) *L.* 1. *§.* 10. *D. ad SCtum Turpillian.* (XLVIII. 16.)

δ) Von einem offenbaren gesetzwidrigen Begehren heißt es: "*Sanum mente*, „licet aegrum corpore, recte transige„re manifestum est; nec postulare de„bueras, *improbo desiderio*, placita „rescindi valetudinis corporis aduersae „velamento." (p)

ε) „*Improbum* foenus exercentibus & „vsurarum vsuras *illicite* exigentibus „infamiae macula irroganda est." (q)

4) Endlich haben wir noch eine vierte Verordnung von Justinian, worinn befohlen wird, daß derjenige, welcher *temere* vor Gericht gestritten hat, dem Sieger alle Schäden und Proceßkosten, die seine *temeritas* verursacht hat, erstatten soll. Hierüber haben wir zwey gesetzliche Stellen:

a) "Eum, quem *temere* aduersarium suum „in iudicium vocasse constitit, viatica „litisque sumtus aduersario suo reddere „oportebit." (r)

b) "Prae-

(p) *L.* 27. *C. de transaction.* (II. 4.)
(q) *L.* 20. *C. ex quibus caussis inf.* (II. 12.)
(r) *L.* 79. *D. de iudic.* (V. 1.)

b) "Praeterea, ne cui *temeritas* ſua lucra-
„tiua concedatur, & vt *impudens calu-*
„*mniantium* refraenatur *audacia*, iubemus:
„quoties hi, qui ſacerdotes ſeu clericos ac
„monachos, ceterosque ſuperius deſi-
„gnatos, vel in tuae magnitudinis exa-
„mine, vel in prouinciali iudicio, pro-
„poſita actione, conuenerunt: ſi cauſſa
„cognita conuicti fuerint, *ſine iuſta* eos
„*cauſſa & legitima petitione* pulſaſſe,
„omnes ei legitimas expenſas ſumtusque,
„quos ab exordio coeptae controuerſiae
„ipſorum *vitio* toleraſſe eos conſtiterit,
„redhibere cogantur; vt hac ſaltem cen-
„ſurae iuſtiſſimae formidine reuocati,
„qui *improbis* adſidue *conflictationibus* oc-
„cupantur, adquieſcant iamque ſopitis
„clamoribus iurgiorum, magiſtra dein-
„ceps neceſſitate, retinere ſe adſue-
„ſcant." (ſ)

Was

(ſ) *L.* 33. *§.* 8. *C. de epiſcopis & clericis.* (l. 3.) In dieſer Stelle ſind alle bisherigen Gründe, aus welchen ein Sachfälliger in die Erſtattung der Proceßkoſten verurtheilt werden kann, zugleich begriffen.

Was die Bedeutung des Ausdrucks *temeritas* in Rücksicht gerichtlicher Streitigkeiten betrifft, so glaube ich, daß man darunter nichts anders, als bösen Vorsatz und grobe Nachlässigkeit verstehen könne; daß also immer *temeritas* und *bona fides* einander entgegen stehen. Derjenige macht sich folglich einer *temeritatis* schuldig, welcher entweder ohne Ueberzeugung seiner gerechten Sache, oder wohl gar gegen seine Ueberzeugung vor Gericht klagt oder sich vertheidigt. In dieser Bedeutung finden wir gedachten Ausdruck nicht nur in den Schriften römischer Philosophen, sondern auch in den Fragmenten römischer Rechtsgelehrten, welche in unsere Gesetzbücher aufgenommen sind. Da es jedoch mehrere Rechtsgelehrten giebt, welche behaupten, daß auch in Rücksicht gerichtlicher Handlungen *bona fides* und *temeritas* sich nicht entgegen ständen (t); so sehe ich mich genöthigt,

(t) Außer dem Herrn Professor Weber behauptet dieß unter andern Höpfner in seinem Theoretisch-practischen Commentar über die heineccischen Institutionen §. 1224.

thigt, mehrere Beweisstellen für meine Erklärung darzulegen. *Temeritas* und *temere* werden

1) bald mit *dolus* in eine Classe gesetzt:

a) in den Schriften der römischen Philosophen. Cicero sagt: "Ab omni „lapsu continere *temeritatem*, quae „tum esset insignis, *quum aut falsa*, „*aut incognita res adprobaretur.*" (u)

b) in den Fragmenten römischer Rechtsgelehrten:

α) Ulpian gebraucht von einem falschen Ankläger eines peinlichen Verbrechens die Worte: "Maioreque „odio dignus est, qui *temere* ad „tam improbam adcusationem pro„cessisset." (v)

β) Paulus spricht von dem, der gegen bessere Ueberzeugung quaestionem status gemacht hatte, in folgenden Ausdrücken: "Qui de in„genuitate cognoscunt, de *calu*„*mnia*

(u) *Academ. I.* 44.

(v) *L.* 1. *D. ad SCtum Turpill.* (XLVIII. 16.)

„*mnia* eius, qui *temère* controuer-
„fiam mouit, ad modum exilii
„possunt ferre sententiam." (x)

2) bald der **Ueberlegung, und dem Gebrauche der Vernunft** entgegengesetzt.

a) in den Schriften der **Philosophen:**

α) **Plautus** sagt: "Rapidus fluuius
„est, non hoc *temere* (y) transiri
„potest." (z)

β) **Martial** (aa): "Ne te *temerarius*
„*ardor* in medios enses saeuaque
„tela ferat."

γ) **Cicero:**

aa) "Omnis actio vacare debet
„*temeritate* & negligentia, ne-
„que vero agere quidquam,
„*cuius non possit caussam proba-*
„*bilem reddere.*" (bb)

bb) "*Te-*

(x) *L.* 39. D. *de liberali caussa.*

(y) i. e. non facile, circumspectione opus est, si transire velis. Siehe GESNERI *thesaur.* sub voce: temere.

(z) *Bacchid. I.* 2. 52.

(aa) *VI.* 25.

(bb) *de offic. I.* 29. 1.

bb) "*Temeritate* enim remota gra-
„tiſſima eſt liberalitas." (cc)

cc) „Multi enim faciunt multa *te-*
„*meritate* quadam *ſine iudicio*
„*& modo.*" (dd)

dd) "Vir plenus *inconſideratiſſimae &*
„*dementiſſimae temeritatis.*" (ee)

ee) „*Temere & nullo conſilio ad-*
„*miniſtrante.*" (ff)

ff) "*Inconſulte & temere* dicere
aliquid." (gg)

gg) "Non ſoleo, mi Brute, *te-*
„*mere* adfirmare de altero." (hh)

b) in den Fragmenten der Rechtsge-lehrten.

α) Ulpian (ii) **behauptet, der Rich-ter dürfe infamirende Klagen nicht ohne Grund geſtatten.** "Me-

(cc) ebendaſ. II. 62.
(dd) ebendaſ. I. 49. 15.
(ee) *de Aruſpic. Reſponſ.* 55.
(ff) *de inuent. I.* 58. 34.
(gg) *de nat. deor.* I. 43. 16. TERENT. *Phorm.* V. 9.
(hh) *ad Brutum I.*
(ii) *in L.* 1. *§.* 4. *D. de dolo malo.*

„Merito praetor ita demum hanc acti-
„onem pollicetur, ſi alia non ſit,
„quoniam famoſa actio non *temere*
„debuit a praetore decerni, ſi ſit ci-
„uilis vel honoraria, qua poſſit ex-
„periri."

β) Ebenderſelbe (kk) verſichert, daß man nicht ohne Grund Sclavinnen anſchaffe. "Ancillarum etiam par-
„tus & partuum partus, quamquam
„fructus eſſe non exiſtimantur, quia
„non *temere* ancillae eius rei cauſſa
„comparantur, vt pariant; augent
„tamen hereditatem."

γ) Kaiſer Gordian (ll) befiehlt, daß man nicht ohne Urſache einer Mut-
ter erlauben dürfe, iemand peinlich anzuklagen. "Non ignoret compe-
„tens iudex, eam, quae vltionem
„& mortem filii perſequi allegat,
„non *temere* ad adcuſationem eſſe ad-
„mit-

(kk) *in L. 27. D. de hered. petit.* (V. 3.)

(ll) *in L. 9. C. de his, qui adcuſare non poſſunt.* (IX. 1.)

„mittendam, nisi prius matrem se „esse probauerit."

d) Eben so verbietet Kaiser *Seuerus* (mm), unvernünftiger Weise neue Zölle zu verstatten: "Non quidem *temere* „permittenda est nouorum vectigalium exactio."

e) Und Ulpian (nn) sagt, daß man niemals, ohne einen vernünftigen Grund vor sich zu haben, Alimente gestatten könne. "Sed si constat, „quis modus facultatum sit inter tutorem et eum, qui alimenta decerni „desiderat, suscipere debet cognitionem, nec *temere* alimenta decerne„re, ne in alterutram partem delin„quat."

3) Weil nun *temeritas* den Gebrauch der Vernunft ausschließt, so wird sie bald

a) der aufbrausenden Jugend, welche ohne Ueberlegung handelt, beygelegt.

Hie-

(mm) *in L.* 1. *C. Vectigalia noua institui non posse.* (IV. 62.)

(nn) *in L.* 3. *§.* 4. *D. Vbi pupill. educari.* (XXVII. 2.)

Hieher gehört die Stelle beym Cicero (oo): "*Temeritas* videlicet est „*florentis aetatis*, sapientia (Ueber„legung) seneſcentis."

b) Bald wird ſie mit dem blinden Zufall in Parallele geſetzt. Dieß beweiſen mehrere Stellen

α) aus dem Cicero

aa) "Numquam enim *temeritas* „cum *ſapientia* commiſce„tur, nec *ad conſilium casus* „*admittitur.*" (pp)

bb) "*Fortuna* ab inconſtantia et „*temeritate* ſeiungi non pot„eſt." (qq)

cc) "Non enim *temere*, nec *for*„*tuito* ſati & creati ſumus." (rr)

dd) "Idque evenit non *temere* nec „*caſu.*" (ſſ)

β) aus

(oo) *de ſeneCtute Cap. VI.*
(pp) *pro M. Marcello Cap. VII.*
(qq) *de nat. deor.* III. 61.
(rr) *in Tuſcul. I.* 118. 49.
(ſſ) *de natur. deor.* II. 6.

β) aus dem Virgil (tt) "*Temere* „inter tela iacentes, vt *casus* „illos strauerat, *sine ordine aut* „*decore.*"

4) Endlich gebrauchen unsre Gesetze den Ausdruck *temere* von ieder Handlung, welche gegen deutliche Vorschriften unternommen wird. So sagt zum Beyspiel

a) Ulpian (uu): der Richter müsse sich hüten, eine Iniurienklage ohne Beystimmung der Gesetze zuzulassen. "Sed si quis ex liberis, qui non sunt „in potestate, cum parente velit ex„periri: non *temere* iniuriarum „actio danda est, nisi atrocitas sua„serit. Certe his, qui sunt in potesta„te, prorsus nec competit, etiam si „atrox fuerit."

b) Julian (vv), behauptet, daß eine Gattin, deren Ehemann in Kriegsgefan-

(tt) *Aen.* IX. 329.

(uu) *in L.* 7. §. 3. *D. de iniur. & famos. libell.* (XLVII. 10.)

(vv) *in L.* 6. *D. pr. de diuort. & repud.* (XXIV. 2.)

gefangenschaft gekommen sey, mit einer andern Person sich nicht verbinden könne, wofern sie nicht gesetzwidrig handeln und sich Strafen unterwerfen wolle: "Vxores eorum, „qui in hostium potestatem peruene„runt, possunt videri nuptarum lo„cum retinere, eo solo, quod *temere* „nubere non possunt."

c) Ebendieß sagt Johannes (xx) „— — et non venient ad secundas „nuptias, nisi voluerint videri *ausu* „*temerario* hoc egisse & poenis succumbere."

§. 9.

Wer bey diesen Stellen einen Augenblick stehen bleibt und die in den hierher gehörigen Gesetzen (§. 8. n. 4. litt. b.) mit der temeritate litigandi in Verbindung gesetzten Prädicate eines sachfälligen, in die Erstattung der Proceßkosten zu verurtheilenden Theils, sorgfältig vergleicht, muß gewiß, wenn er nur unbefans

(xx) in der Nov. 22. Cap. 7.

befangen urtheilt, sich völlig überzeugt fühlen, daß *temeritas* nichts anders, als *dolum* und *culpam latam* bedeuten könne. Sie faßt zwar nicht immer, wie ich gezeigt habe, *calumniam* in sich, sondern ist von weitläuftigerem Umfange (a); aber der äußerste Grad derselben bleibt doch immer der **gänzliche Mangel an vernünftiger Ueberlegung.** Wer folglich klagt, ohne vorher zu untersuchen, ob er auch durch Gründe seine Klage unterstützen könne; oder aufs Gerathewol sich vertheidigt, begeht eine grobe Fahrlässigkeit, und verdient in die Kosten verurtheilt zu werden (b). Denn unsre Gesetze legen iedem Kläger ausdrücklich die Verbindlichkeit auf, vor angestellter Klage den Grund derselben fleisig zu untersuchen, und nicht eher zur gerichtlichen Verfolgung seines Rechts zu schreiten, bis er überzeugt sey, daß ihm dasselbe zustehen müsse (c). Thut er

(a) Brunnemann. *comment. in leges Pandectarum, ad L. 1. ad S. C. Turpill. n. 7.*

(b) *L. 223. D. de V. S.*

(c) *L. 42. D. de diu. reg. iur.*

er dieß nicht, so soll er nach unsern Gesetzen vor Gericht kein Gehör finden (d).

Das Resultat von dieser Untersuchung würde folglich darinn bestehen: Die Gesetze haben *temeritatem litigandi* aus den Gerichtshöfen verbannen wollen; — sie haben daher befohlen, daß ein temerarius litigator in Schäden und Kosten verurtheilt werde; — *temeritas litigandi* ist also der Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten; — da aber diese blos *dolum* und *culpam latam* in sich faßt, so dürfen wir, in so fern blos gemeines römisches

(d) *L.* 78. *§.* 2. *D. de legatis II.* "*Ignauiam* „enim praetendentes audiri non oportere." Was unter *ignauia* zu verstehen sey, bestimmt Brunnemann in commentar. ad Leges Pandectarum, ad L. 32. depositi. "*Culpa lata* est vel *ignauiae*, „vbi quis negligit ea, quae ab hominibus, ra„tione vtentibus, negligi non solent; vel *versu„tiae*, vbi latae culpae alia culpa accedit, quan„do quis non tantum supine negligensque est, „sed etiam magis negligit res alienas, quam suas." Man kann auch hierüber nachlesen Vinnii commentar. in Institut. ad §. 2. quibus mod. re contrah. oblig. und Calvini lexicon magnum iuris sub voce: ignauia: "*Ignauiae* culpam „contrahunt, qui ex qualibet leui, vana iniusta„que cauſſa ad res improuidas temerariasue aut „noxias mouentur, dum dolus abſit."

sches Recht in Anwendung kömmt und deutsche Reichsgesetze keine Abänderung treffen, diese festgesetzte Gränze bey der Verurtheilung in die Proceßkosten nicht überschreiten. — Stellen Proceßordnungen deutscher Provinzen in Rücksicht dieses Gegenstandes andre Grundsätze auf, so würden diese gesetzlichen Bestimmungen blos in denienigen Gerichtshöfen, für welche sie gegeben sind, in Betrachtung kommen können.

§. 10.

2) nach deutschen Reichs- und 3) Provinzialgesetzen.

Unsre deutschen Reichsgesetze weichen in Bestimmung des Grundes der Verurtheilung in die Proceßkosten von den römischen Gesetzen eigentlich gar nicht ab. Alles, was darinn enthalten ist, geht dahin, daß der Sachfällige iedesmal in die Kosten verurtheilt werde, wann ihn die Gründe, wodurch er sein Gesuch unterstützt, von der temeritate litigandi hinlänglich nicht befreyen können (a).

Eben

(a) Siehe den Visitationsabschied von 1713. §. 82. und das Concept der Kais. Reichs-Cammergerichtsordnung III. 59. 9.

Eben diese Grundsätze befolgen auch die besondern Gesetze unsrer deutschen Provinzen. Theils begnügen sich diese im Allgemeinen damit, demjenigen, welcher seinen Gegner *temere* ins Gericht zieht, die Erstattung der dadurch verursachten Proceßkosten aufzulegen(b); theils bestimmen sie insbesondere, daß der Richter denjenigen, welcher seinen Gegner mit unnöthigen Processen in ungerechten Sachen böslich fatigire (c); — muthwillig und aus Vorsatz unbefugte Rechtfertigungen wider seinen Gegner erregt (d); — aus unrechtmäßigen und unerheblichen Ursachen klage (e); — ohne eine ziemliche Ursache

(b) Hollsteinische Landgerichtsordnung Th. III. Tit. 25. S. 87. Erfurt. Landgerichts-Ordn. Tit. XXXI.

(c) Chur-Braunschweig. Ober-Appellat. Ger. Ordnung *P. II. Tit.* 13. *§.* 2. Calenberg. Canzley-Ordn. *Tit.* XIII. *§.* 3.

(d) Hollsteinische Landgerichtsordn. a. a. O.; Statuten der Stadt Hamburg. *P. I. Tit.* 36. *art.* 1.

(e) Calenbergische Canzleyordn. a. a. O. Brem- und Vehrdische Hofgerichtsordnung Th. III. *Tit.* 9. §. 2.

sache streite (f); — keine billige Ursache zu Rechte habe (g); — sich ohne Ursache verklagen lasse (h); — sich mit unbegründeten Einreden behelfe, oder seinem Gegner nichts von sonderbarer Wichtigkeit entgegen setzen könne, in Schäden und Unkosten verurtheilen müsse (i). Ich könnte noch mehrere synonymische Ausdrücke aus einzelnen Proceßordnungen deutscher Provinzen anführen, wenn nicht theils durch dasienige, was ich bereits angeführt habe, meine Behauptung hinlänglich begründet zu seyn schiene, theils aber auch ein geneigter Leser in den Quellen, die ich dieser Abhandlung beyfügen werde, hinläng-

(f) Gerichtsordnung des Tribunals zu Wismar Th. II. Tit. 38. §. 1.

(g) Würtembergisches Landrecht *P. I. Tit.* 54. Churfürstl. Mainzische Untergerichtsordnung Tit. X. §. 2.

(h) Chur-Braunschw. Ober-App. Ger. Ordn. a. a. O. Meklenburgischer Landesgrundgesetzlicher Erbvergleich 1778. S. 990. §. 4. Neue Sachsen-Gothaische Proceßordnung *P. I. Cap.* 40. §. 1.

(i) Chur-Braunschw. Ober-App. Ger. Ordn. a. a. O. Vor-Pommersche Hofgerichtsordn. Th. I. Tit. 31. §. 2. Brem- und Vehrdische Hofger. Ordn. a. a. O. Neue Sachsen-Goth. Proceßordn. a. a. O.

hinlänglichen Stoff zu seiner Befriedigung finden könnte. Nur noch einen Umstand muß ich bemerken. Es scheint nämlich die Verordnung des Corporis iuris Fridericiani meiner Meynung entgegen zu stehen. Nach dieser „soll die Compensation der Proceßkosten „in erster Instanz der Regel nach nie statt „haben, sondern derjenige, welcher in „der Hauptsache unterliegt, soll auch ie„desmal dem Gegner die Kosten zu er„statten schuldig seyn (k).“ Allein, gesetzt daß diese Verordnung wirklich so zu verstehen wäre, wie es dem ersten Anblick nach scheinen möchte, so würde sie doch im Ganzen genommen meinen Grundsätzen nicht entgegen stehen, weil sie nicht als gemeines, sondern nur als Provinzialrecht, gelten könnte. Die Sache verhält sich aber ganz anders und man

wird

(k) Die nämliche Verordnung finden wir auch noch in einigen andern Proceßordnungen deutscher Provinzen; zum Beyspiel in der Allgemeinen Gerichtsordnung für die böhmischen, österreichischen deutschen Erblande §. 398. Untergerichtsordnung des Erzstiffts Trier S. 35. Der Reichsfreyen Stadt Regensburg erneuerte gerichtliche Proceßordnung Tit. XIX. §. 3.

wird in der Folge sehen, daß Preußens gesetzliche Bestimmungen in Rücksicht der Verurtheilung in die Proceßkosten nicht nur weit vollkommner, als andre sind, sondern überdieß auch von den nämlichen Grundsätzen ausgehen, welche ich aufgestellt habe.

§. II.

Grund der Compensation der Proceßkosten. (a)

1) nach gemeinem römischen Rechte.

Daß im Gegentheil *bona fides* des sachfälligen Theils, oder, wie es andre ausdrücken, *iusta et probabilis litigandi causſa*, (b) als

(a) Hierüber kann man folgende Schriften nachlesen: Georg. Guil. Kuhlewein *de compensandis litium expensis*, *Lipſ.* 1692. Jo. Ad. Peo *de causſis expensarum litis victori a victo non refundendarum, ſed compensandarum*, *Alt.* 1731. Tob. Jac. Reinharth *de erroribus pragmaticorum in doctrina de compensatione expensarum litis*, *Erf.* 1731. Joa. Frid. Seyfarth *diſſ. de compensatione expensarum inter litigantes*, *Halae* 1740.

(b) J. B. Carpzov. *promptuarium iuris pract. P. I. p.* 601. Rivin. *ad O. P. S.* Wernher. *Selectae obſervationes forenſes. P. III. obſ.* 13. *n.* 2. Mevii *deciſiones P. VI. deciſio* 192. *n.* 2. *VI.* 39. 9. Martini commentar. forenſ. Tit. xxxvi n. 83. und 84. Voetius in comment. ad Pand. Lib. XLII. Tit. 1. §. 22.

als wahrer Grund der Compensation der Proceßkosten anzusehen sey, fließt theils aus der Natur der Sache, theils bestimmen es einige Gesetze. Diese machen es jedem zur Pflicht, die richterliche Hülfe bona fide anzurufen, (c) und niemanden aus Chicane, oder ohne Noth vor Gericht zu ziehen. (d) Wenn daher iemand bona fide, in der gewissen Ueberzeugung, Recht zu haben, klagt, oder wider seinen Gegner sich vertheidigt, und dennoch sachfällig wird; so glaube ich, ohne alle Einschrenkung behaupten zu können, daß er mit Recht Anspruch auf Compensation der Kosten machen könne. Denn so lange er sich bey gerichtlichen Verhandlungen keines Fehlers, worauf die Gesetze die Verurtheilung in die Proceßkosten gesetzt haben, schuldig macht, wäre es wirklich dem Sinn unsrer Gesetze ganz widersprechend, wenn man ihn in eine Stra-

(c) *L.* 7. §. 1. *D. de heredit. petit.* (V. 3.) "Plane summatim aestimandum iudici concessit, „an *bona fide* imploretur iudicium de testamento.„

(d) *L.* 6. *C. de administr. tutor.* (V. 37.) *L.* 9. §. 6. *D. de administratione et periculo tutorum.* (XXVI. 7.)

Strafe verurtheilen wollte, die er nicht verschuldet hätte. (e) Wir müssen uns daher hüten, in diesem Puncte weder auf das eine, noch andre Extrem zu verfallen, sonst würden wir im einen Fall der niedrig denkenden Classe der Menschheit den Weg bahnen, auf welchem sie den Ruin ihrer unschuldigen Mitbrüder früher oder später befördern könnte; im andern Fall hingegen den redlichgesinnten Bürger eines Rechts verlustig machen, welches ihm nicht nur von Natur zusteht, sondern dessen ihn auch die Gesetze seines Staates versichern.

Viele Stellen des römischen Rechts, welche den wahren Grund der Compensation der Proceßkosten enthalten, können wir freylich nicht aufstellen. Allein man urtheile, ob es wohl die Gesetzgeber für nöthig erachteten, gewisse Regeln hier festzusetzen? Ich glaube das Gegentheil. Denn da einmal in unsern Gesetzen der Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten genau bestimmt war, so ergab sich

schon

(e) Martini *commentarius forensis XXXVI.* 87. Carpzov. *Proceſſ. T. XXIV. art.* 1. §. 6.

schon aus der Natur der Sache, daß in dem Fall, wenn der Sachfällige bey seiner gerichtlichen Verhandlung weder bösen Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit verschuldet hatte, der Richter die Kosten compensiren mußte. (f) Jedoch berühren unsre Gesetze hie und da, gleichsam im Vorbeygehen, auch diesen Punct. Schon **Papinian** sagte:

Auch die Republik muß vom Fideicommiß Zinsen nach dem Verzug zahlen. Den dadurch etwa entstandenen Schaden aber müssen diejenigen erstatten, welche nach ergangenem Urtheile die Zahlung dessen, was ihnen zuerkannt worden ist, verzögert haben. Eben die Bewandniß hat es mit den Proceßkosten, wenn kein Grund zu gerichtlichen Streitigkeiten vorhanden gewesen ist. Denn grobe Nachlässigkeit verdient keine Verzeihung. (g)

Die:

(f) *L.* 5. C. *de rescind. vendit.* "*Dolus bonae* „*fidei* contrarius est." *L.* 3. *D. pro socio.* „*Fides bona* contraria est fraudi et dolo."

(g) *L.* 78. §. 2. *D. de legat. II.* "Etiam res„publica fideicommissi post moram vsuras prae„stare cogitur; sed damnum, si quod ex ea re

„fuerit

Dieſes Gutachten Papinians iſt ſo beſchaffen, daß es auch bey uns Anwendung finden muß. Wird gleich der Streitende vor Gericht überwunden, ſo begründet doch dieſes Unterliegen im geringſten nicht ſogleich malam fidem deſſelben. Er kann wegen verwickelter Thatumſtände oder wegen zweydeutiger Erklärung der Geſetze ſeinem Gegner untergelegen und doch gegründete Urſache gehabt haben, warum er zur richterlichen Hülfe ſeine Zuflucht nahm. Die Erklärung mancher Thatumſtände betrügt auch den Weiſeſten. (h) Die Geſchichtserzählung kann ſo verwickelt ſeyn; beyde ſtreitende Theile können ſo triftige Gründe für ſich haben, daß auch der klügſte Kopf oftmals eingeſtehen wird, daß es ſchwer zu beſtimmen ſey, für welchen Theil das richterliche Erkenntniß ausfallen werde. Ja oft ſcheint

„fuerit ſecutum, ab his ſarciendum erit, qui „poſt dictam ſententiam iudicatum ſoluere ſu„perſederunt. Nec aliud ſeruabitur *in litis ſum„tibus, ſi ratio litigandi non fuit. Ignauiam* „etenim praetendentes audiri non oportere. „

(h) *L. 2. D. de iuris et facti ignorantiæ.* „*Facti interpretatio plerumque etiam prudentiſſi„mos fallit.* „

scheint dieses blos auf Zufall zu beruhen. Sollen wir nun deswegen, weil der Gegner Gründe für sich hat, die den unsrigen vielleicht das Gleichgewicht halten, die Verfolgung des Rechts, wovon wir glauben, daß es uns zustehe, liegen lassen? — Sollen wir ohne Umstände, wenn wir auch nicht überzeugt sind, das herausgeben, was von uns gefordert wird? oder widrigenfalls, wenn wir die Sache dem Richter zur Entscheidung vorlegen und ein widriges Urtheil erfolgt, uns gefallen lassen, daß wir alle Kosten, die diese Untersuchung verursacht hat, unserm Gegner erstatten müssen? — Ich denke, ieder, der nur noch einiges Gefühl für Recht und Billigkeit hat, muß sich vom Gegentheil überzeugt halten. Waren wir nicht im Stande der natürlichen Freyheit berechtigt, von unserm Gegner zu verlangen, daß er uns zuvor von dem, was er von uns verlangte, überzeugen solle, wenn es uns an Ueberzeugung mangelte? Konnte aber der Sieger das, was er auf dieselbe verwendet hatte, nach geendigtem Rechtsstreite zurückfordern? Gewiß nicht. Beyde

de Theile mußten die Kosten tragen. Sollten wir nun in einem Staate nicht gleiches Recht genießen? Sollte nicht unser Gegner alle die Hinderniße, welche sich unsrer Ueberzeugung von dem Rechte, das er behauptet, entgegen stellen, eben so gut wegzuräumen schuldig seyn, als wir verbunden sind, ein Gleiches zu thun? Es ist doch gewiß nicht unsre Schuld, wenn das Recht des andern nicht gleich so beschaffen ist, daß wir uns von dessen Existenz völlig überzeugen können. — So lange wir noch gegründete Zweifel haben, dürfen wir unser Recht bis zur völligen Ueberzeugung verfolgen. Können wir nun diese nicht anders, als durch gerichtliche Untersuchung erlangen, so sind wir nicht schuldig, dem Gegner auf unsre Kosten die Zweifel wegzuräumen, worein sein Recht verhüllt ist; folglich im allgemeinen zur Erstattung der Proceßkosten nicht verbunden.

Diese Grundsätze, welche aus der Natur der Sache fließen, werden überdieß selbst durch unsre Gesetze bestätigt. Diese geben dem Richter in dem Fall, wenn er bey Untersu-

chung

chung der Sache finden sollte, daß keiner der streitenden Theile ohne Grund, vielleicht wegen verwickelter Umstände des ganzen Geschäfts, wovon die Rede ist, gestritten habe, die ausdrückliche Vorschrift, daß er in seinem Urtheile den Punct wegen der Proceßkosten bestimmen müsse. (i) Eben so denkt das päbstliche Recht, welches jeden von der Erstattung der Proceßkosten frey spricht, welcher vernünftige Gründe für sich angeführt hat, weswegen er geklagt, oder seinem Gegner nicht gleich nachgegeben hat. (k)

Es ist möglich, daß wir Thatumstände, durch welche unsre Ueberzeugung in der Folge bewirkt wird, bona fide ignoriren. Aber diese Unwissenheit kann uns nie zu einem Fehler angerechnet, nie als Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten angesehen werden; man müßte

(i) *Nov.* 82. *Cap.* 10. „Si tamen perspexe„rit iudex, neutrum litigantem sumtuum subdere „rationi *propter negotii forte varietatem*, hoc „ipsum decernat sua sententia.„ *Auth. post iusiurandum C. de iudiciis.*

(k) *Cap.* 36. *X. de testibus. Cap.* 59. *X. de adpellationibus. Cap.* 3. *X. de eo, qui mittitur.*

müßte denn erweisen können, daß sie die Folge einer groben Nachlässigkeit sey. (l)

Eben so kann ein streitender Theil vor Gericht unterliegen, weil die Gesetze, welche bey seinem Rechtsstreite in Anwendung kommen, bis iezt auf verschiedne Art erklärt werden. Es ist zwar wahr, daß das Recht immer gewiß ist; daß aber die Gesetze, welche dieses Recht enthalten, sehr oft auf verschiedne Art ausgelegt werden können; daß in einem Gerichtshof diese, im andern iene Erklärung die herrschende ist, darüber, hoffe ich, wird niemand den Beweis von mir fordern. Die großen Folianten, welche unsre Rechtsgelehrten bis auf iezige Zeiten über Controversen des Rechts geschrieben haben, sind Beweises genug. Sollte man sich nun wohl berechtigt fühlen, den sachfälligen Theil deswegen in die Erstattung der Proceßkosten zu verurtheilen, weil sein Rechtsstreit auf Gesetzen beruht, über deren Erklärung die gelehrtesten

(l) *L. 9. D. de iuris et facti ignorantia.*
„Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur. — „Nec stultis solere succurri, sed errantibus. „

testen Rechtsgelehrten verschiedner Meynung sind? — Ich glaube nicht, daß man dieß bey vernünftigem Nachdenken leicht wird behaupten können.

Endlich haben wir noch eine vortrefliche Verordnung in unsern Gesetzen, die billig hier ihren Platz zu finden verdient. Sie enthält folgendes:

Wenn der Richter sieht, daß der Beklagte, durch die gerichtliche Untersuchung von seiner Verbindlichkeit überzeugt, ohne weitere Umschweife zu machen, seinen Gläubiger bezahlt; — oder der Kläger, durch die Einreden des Beklagten von dem Ungrund seiner angestellten Klage überführt, dieselbige fallen läßt; — wenn er bemerkt, daß keiner der streitenden Theile aus bösem Vorsatz, oder grober Nachlässigkeit die richterliche Hülfe implorirt hat; so soll er auch keinen derselben in die Erstattung der Proceßkosten verurtheilen. (m)

Gewiß

(m) *L.* 5. §. 1. *C. de fructibus et litium expensis*: "Si quis bona fide soluerit, aut actor lite

 desti-

Gewiß keine gesetzliche Stelle könnte mehr Licht über die Materie vom Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten und deren Compensation verbreiten, als diese. Allein einen der ersten Einwürfe, welche man gegen die Anwendung derselben macht, nimmt man daher, daß sie mit Anmerkungen der alten Rechtsgelehrten nicht bekleidet ist. Ich würde diesen Einwurf gelten lassen, in so fern er eine gesetzliche Verordnung beträfe, welche entweder unsern Sitten und Instituten ganz entgegen wäre, oder nie gesetzliches Ansehen in unsern deutschen Gerichtshöfen erhalten hätte. Aber dieß findet hier nicht statt. Im Gegentheil haben unsre Gerichtshöfe von jeher diese gesetzliche Verordnung, so zu sagen, wörtlich befolgt; bezahlte der Schuldner bona fide, wenn der durch die gerichtliche Untersuchung von seiner Schuldigkeit überzeugt war, so compensirte der Richter die Kosten; stand der Kläger, auf eben die Art vom Ungrund seiner

Klage

„destiterit, aut etiam iudex inueniat eum non „calumniatorem, sed de re dubia litigantem, hic „euitabit impensarum condemnationem. „

Klage überzeugt, vom Proceß ab, so that der Richter ein Gleiches. Daraus erhellet deutlich genug, daß dieses Gesetz der Römer, ohneracht et es nicht glossirt ist, durch übereinstimmenden Gerichtsgebrauch gesetzliches Ansehen bey uns erhalten habe; daß folglich bona fides des sachfälligen Theils der wahre Grund zur Compensation der Proceßkosten seyn müsse.

§. 12.

2) Nach deutschen Reichs- und Provinzialgesetzen.

Unsre deutschen Reichsgesetze ändern hierinn nichts. Blos darinn unterscheiden sie sich von den römischen, daß sie nicht sogleich die Compensation der Proceßkosten zulassen, wenn aus den Acten keine mala fides des sachfälligen Theils erhellt; sondern ausdrücklich fordern, daß bona litigantis fides offenbar vor Augen liegen müsse. Und dieß ist auch der gesunden Vernunft gemäs. Die beyden hierher gehörigen Stellen der Reichsgesetze sind folgende:

1) "Demnach aber hierbey befunden, daß „solche Taxationes expensarum sehr ge„ring bißhero ergangen, auch die Com„pensationes derselben gar zu sehr ge„mein im Brauch: So wird den Beysi„tzern hiemit aufferlegt und befohlen, „berührte Taxationes in höherer Ach„tung nach einer ieden Qualität der Sa„chen zu haben, auch leichtlich nicht „ohne genugsame Ursachen die Ex„pens zu compensiren." (a)

2) "Damit auch keine Partey an diesem „höchsten Gericht sonder sattsamen „Grund eine Rechtfertigung führe oder „verfolge, und dadurch dem Collegio „camerali unnöthige Mühe, denen an„dern Parteyen Verzögerung ihrer recht„mäßigen Sachen, seinem Gegentheil „aber ungebührliche Kosten und Auffent„halt desselben Befugniß mache: so soll „die Vergleichung der Kosten ohne ge„nugsame Ursachen in denen Urthei„len

„len

(a) Concept der Kaiserlichen Reichs-Cammer-Gerichtsordnung Th. III. Tit. 59. §. 9.

„len nicht geschehen, sondern vielmehr „der verlierende Theil in dieselbe „verurtheilt, und dem obsiegende „Theil dazu gebührend verholfen „werden. (b)

Hiermit stimmen nicht weniger die speciellen Proceßordnungen deutscher Provinzen völlig überein. Sie gestatten die Compensation der Proceßkosten, wenn der Sachfällige befugte und rechtmäßige (c) — erhebliche und in den Gesetzen wohl begründete (d) — ziemliche (e) — ansehnliche und erhebliche (f) — billige und ansehnliche Ursa-

(b) Visitationsabschied vom Jahre 1713. §. 82. S. die Sammlung der Reichsabschiede Th. IV. S. 278.

(c) Churfürstlich-Braunschw. O. A. G. O. Th. I. Tit. 13. §. 2. Neue Sachsen-Gothaische Proc. Ordn. P. I. Cap. 40. §. 2.

(d) Calenbergische Canzleyordn. Tit. 34. §. 1.

(e) Gerichtsordn. des Tribunals zu Wismar. Th. II. Tit. 38. §. 1.

(f) Vor-Pommersche Hofger. Ordn. Th. I. Tit. 31. §. 3. der Stadt Hamburg Statuten und richtsordnungen, Part. I. Tit. 36. art. 2. Solmische Gerichtsordn. Tit. 34. §. 4. Nassau-Catzenellnbog. Gerichtsordn. VIII 29. 2.

Ursachen zu streiten gehabt (g) — oder mit rechtmäßigem Grund seine Klage erhoben, als er bey vernünftigem Verfahren thun sollen. (h) Dieß mag hinlänglich seyn, um den rechtlichen Grund der Compensation der Proceßkosten zu bestimmen.

§. 13.

Entgegengesetzte Meynung des Herrn Professor Webers über den Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten und deren Compensation.

1) Daß die Erstattung derselben keine Strafe, sondern Schadenserstattung sey.

Ganz anders, als ich bis iezt vorgetragen habe, denkt der Herr Professor **Weber** über den Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten und deren Compensation. Um theils nicht unausführlich zu seyn, theils keines Mißverständnisses beschuldigt zu werden, sey es mir erlaubt, seine vorzüglichsten Gedanken hierüber vorzulegen.

"Im

(g) Des Fürstenthums Würtemberg gemein. Landrecht Th. I. S. 117. Chur-Mainz. Untergerichts Ordn. Tit. X. §. 2.

(h) Brem- und Vehrdische Hofgerichtsordn. Th. III. Tit. 9. §. 2.

„Im Ganzen, sagt er, ist es wohl un-
„leugbar, daß derjenige, dem ein ungerech-
„tes Streiten vor Gericht, eine ungebührliche
„Verschleppung der Sache, und Entfernung
„der Rechtshülfe zur Last fällt, nach Billig-
„keit und Recht die Kosten bezahlen müsse,
„welche er dem Gegner verursacht hat. In-
„dessen ist es fast unglaublich, wie oft dieses
„in Gerichten verkannt wird, und mit wel-
„chem Leichtsinne man, statt der rechtlichen
„Verurtheilung in die Proceßkosten sich eine
„Compensation derselben erlaubt, ohne zu be-
„denken, wie sehr dieses den Vorschriften der
„Gesetze und aller Billigkeit zuwider sey. (a)
„Die Proceßkosten sind oft nach Verhältniß
„des Objects der Hauptsache und nach den
„Vermögensumständen dessen, dem sie durch
„ungerechten Streit verursacht worden sind,
„von solcher Wichtigkeit und von solchem Be-
„lange, daß schon in dieser Hinsicht die Urtheils-
„fasser sich billig enthalten sollten, den Kosten-

„punct.

(a) *Io. de* Friccius *de sententia iudicis per se iusta, sed per compensationem expensarum iniusta.*

„punct als eine unbedeutende Nebensache zu „behandeln und mehr den Scheingründen ei„ner übel angewendeten Billigkeit, welche im „Grunde wirkliche Ungerechtigkeit ist, als den „Vorschriften der Gesetze und des Rechts da„bey nachzugehen.„

"Zu den Mißbräuchen, welche in dieser „Hinsicht nach und nach in die Gerichte einge„schlichen sind, findet sich hauptsächlich ein ge„doppelter Grund. **Einmal** fehlt es an aus„drücklichen Gesetzen, welche in vorkommen„den Fällen **allemal** zur gewissen Richtschnur „dienen könnten. Es kömmt meistens darauf „an, den Abgang bestimmter Vorschriften „durch Vernunftschlüsse und mit Hülfe der „Analogie zu ergänzen. Und da scheint die „Lehre vom Ersatz der Proceßkosten noch „nicht von allen Seiten die Betrachtung, „welche sie verdient, gefunden zu haben; viel„mehr ist **zweytens** eine reichhaltige Quelle „von Unrichtigkeiten in der Theorie und Anwen„dung daher entstanden, daß man diese Lehre „noch nicht sorgfältig genug auf diejenige Haupt„materie im Systeme des Rechts, welche ei„gent„

„gentlich die wahren analogischen Gründe da-
„zu hergiebt, zurückgeführet hat. Vor allen
„Dingen ist auszumachen, 1) Ob die Erstat-
„tung der widerrechtlich verursachten Kosten
„als eine Strafe des ungerechten Processirens,
„oder nur als eine Entschädigung des obsie-
„genden Theils zu betrachten sey? Ist dieser
„Punct gehörig berichtigt, so fragt sich 2)
„Was ist in Ansehung dieser Vergütung Rech-
„tens; wem liegt sie ob und was kann davon
„befreyen? Die erste Frage betreffend, so ist
„die Erstattung der Proceßkosten ohne
„Zweifel keine Strafe, sondern eine
„Entschädigung dessen, dem die Kosten
„widerrechtlich verursacht worden sind. (b)

Im

(b) Eben dieses haben schon vor dem Hrn. Professor **Weber** Iac. Henr. Zoll in dissert. de litis expensarum refusione, Rintel. 1726. §. 11. und 20. David Pestel de expensis victoriae aliisque varii iuris capitibus, §. 1. Henr. Temmen de litium expensis Cap. VIII. n. 15. sqq. und andre mehr behauptet. Gegen diese Lehre macht Herr **Hennemann** den Einwurf, daß in Justinians Gesetzbuch da, wo die Lehre von der Schadenserstattung vorkomme, in den Titeln über das Aquilis. Gesetz der Proceßkosten keine Erwäh-

„Im allgemeinen liegt das Unterscheidende ei-
„ner Strafe und Schadensersetzung schon nach
„der Natur der Sache sehr klar zu Tage,
„und ich kann die Gränzlinie zwischen beiden
„wohl nicht deutlicher, als mit den Gesetzen
„selbst, bezeichnen. *Rei persecutionem* con-
„tinent actiones, quibus persequimur id,
„quod ex patrimonio nobis abest. *L. 35. D.*
„*de obl. et act.* Ueber diese Stelle sagt **Vin-**
„nius sehr richtig: Opponit iurisconsultus
„persecutionem eius, quod ex patrimonio
„nobis abest, persecutioni poenae. Itaque
„ex contrario definiemus, illas actiones *poe-*
„*nae persecutionem* habere, quibus persequi-
„mur, quod ex patrimonio nobis non abest.
„Ex patrimonio abesse autem dicuntur haec
„quatuor: quod est in patrimonio sed ab alio
„tenetur; *quod esse desiit, sed ex obligatione*
„*restituendum est;* quod nobis debetur ex con-
„tractu; *quodcumque eius, quod nobis abest,*
„*aestimationem* continet. Quare quaecumque

„sunt

nung geschehe; und daß aus dem Grunde die Erstattung derselben keine Schadenserstattung sey.

„sunt actiones, quibus horum aliquid perse-
„quimur, eas dicemus esse rei persecutorias;
„et rursus e contrario, quae alicuius rei ex
„superioribus persecutionem non habent, eas
„dicemus esse poenales (c). Wer siehet aber
„hieraus nicht deutlich, wohin die Proceßko-
„sten eigentlich gehören! Wem diese wieder
„erstattet werden, der bekommt ja nichts mehr,
„als was ihm aus dem Seinigen durch
„widerrechtliches Processiren ist entzogen wor-
„den. Auf sie paßt also der Character,
„quod ex patrimonio abest, — quod esse
„desiit, sed ex obligatione restituendum est —,
„quod eius, quod nobis abest, aestimationem
„continet, vollkommen. Der gerichtliche Pro-
„ceß vertritt, in der bürgerlichen Gesellschaft,
„die Stelle der Selbsthülfe und des Krieges
„im natürlichen Zustande. Daher hat auch
„Grotius nicht unrecht, wenn er die Proceß-
„kosten den Kriegskosten, welche offenbar zur
„Entschädigung des Siegers, nicht zur Strafe
„be-

(c) Arn. Vinnius ad §. 16. I. de actionib. p. m. 815.

„bezahlt werden, an die Seite sezt (d). Eine „Strafe hingegen sezt immer im eigentlichen „Verstande ein Uebel voraus, welches, auf„fer der Vergütung des angerichteten Scha„dens, mit der Uebertretung des Gesezzes „verknüpft ist. Ich weiß wohl, daß die Ge„lehrten diesen unterscheidenden Character in „ihren Begriffen von der Strafe nicht auszu„drucken pflegen; aber ich darf auch eben dar„um wohl behaupten, daß diese gewöhnlichen „Begriffe nicht so ganz genau und richtig sind, „weil sie offenbar nicht hinreichen, Strafe „und Schadensersezzung von einander gehörig „zu unterscheiden. Die Natur der Sache „zeigt uns also in der Kostenerstattung durch„aus keine Strafe. — Ich denke, bey Din„gen, die die Natur der Sache mit sich bringt, „kann es wohl keine Schwierigkeit machen, „wenn wir sie nicht gerade auch mit ausdrück„lichen Worten im römischen Rechte antref„fen. — Es kann der Umstand, daß die Ko„sten„

(d) Grotius de iure B. et P. III. 1. 3. und III. 13. 3. Livius 37. 35. Iustinus 33. 1.

„stenerstattung im römischen Rechte bey der „Lehre von der Schadenserstattung nicht vor„kommt, keinen gegründeten Anlaß geben, den „römischen Gesetzgebern und Rechtsgelehrten „einen von der Natur der Sache ganz ab„weichenden Begrif beyzulegen; zumal da be„kanntlich das Aquilische Gesetz nicht alle Ar„ten der Beschädigung, sondern nur gewisse „Gattungen derselben zum Vorwurf hatte, „wohin gerade die Proceßkosten gar nicht ge„hörten. — Kurz, das Wesen der Sache „bringt mit sich, daß die Proceßkosten zu „den Schäden gehören; und, daß derjenige, „der einen andern mit Unrecht in Schaden „setzt, diesen Schaden vergüten müsse, das „war schon vor Roms Erbauung der gesun„den Vernunft gemäß. Wir können also auch „ohne die buchstäbliche Leitung des Römischen „Rechts hier wohl fortkommen". —

§. 14.

Wenn ich diese Theorie des Herrn Pro„fessor **Webers** genau prüfe, so muß ich frey gestehen, daß ich derselben auf keine Weise

bey-

beypflichten kann. Wer dasjenige überlesen hat, was ich in den vorhergehenden Paragraphen von der richterlichen Hülfe als Surrogat der eignen Gewalt, aus einander gesetzt habe, wird gewiß nicht daran zweifeln, daß die Erstattung der Proceßkosten als eine wirkliche Strafe anzusehen sey. Der Gebrauch der richterlichen Hülfe ist zwar, an sich betrachtet, niemals strafbar, aber deren Mißbrauch ist so beschaffen, daß er nothwendig durch Strafen eingeschränkt werden muß. Aus diesem Grunde gieng die ältere actio calumniae nicht blos auf Ersetzung des zugefügten Schadens, sondern auf den zehnten Theil dessen, worauf der Sachfällige geklagt hatte; und dieser faßte doch wohl in den meisten Fällen mehr in sich, als die Proceßkosten betrugen, welche vom Sieger verwendet worden waren. Sieht dieß nicht einer Strafe viel ähnlicher als einer Schadenserstattung? Der Sieger bekam ia nicht blos dasienige, quod ex patrimonio abfuit aut abesse desiit, sondern ungleich mehr zurück. — Da nun Justinian die actionem calumniae, welche er ausdrücklich

mit

mit dem Namen einer Strafe belegt, abschafte und als Surrogat die Verurtheilung in die Proceßkosten einführte; so ist sehr wahrscheinlich, daß es seine Absicht gewesen seyn mag, Strafe statt Strafe aufzustellen; insbesondere da er durch eine spätere Constitution die poenam decimae partis litis wieder herzustellen suchte. Bey so gestalten Sachen ist es doch wirklich sehr bedenklich, daß in keiner einzigen Stelle unsers Gesetzbuchs, wo die Rede von Schadensersetzung ist, der Proceßkosten Erwähnung geschieht. Ich gebe dem Herrn Professor **Weber** gerne zu, daß bey Dingen, welche die Natur der Sache mit sich bringt, gerade keine ausdrücklichen Gesetze nöthig seyn möchten; aber der Satz, woraus diese Schlußfolge gezogen ist, muß erst hinlänglich erwiesen werden können.

Ueberdieß sehe ich nicht ein, warum der Begriff von Strafe auf die Erstattung der Proceßkosten durchaus nicht passen soll, da nicht nur in den Institutionen des Kaisers Justinian der Titel, worinn von dieser Materie gehandelt wird, de *poena* temere litigantium

tium überschrieben ist, sondern auch in andern Gesetzen eben derselbe Ausdruck gebraucht wird (a). Der Herr Professor **Weber** behauptet zwar, man dürfe sich durch diesen uneigentlichen Ausdruck (b) nicht verführen lassen, sondern müsse wohl bedenken, 1) daß man blos wegen der Rubrik des Titels doch ohnmöglich alles, was darinn vorkomme, als Strafe ansehen könne, ohne Rücksicht, ob es nach Vernunft und Recht dahin gehöre, oder nicht; 2) daß die Erstattung der Kosten im Titel selbst keine Strafe genannt werde, daß aber sonst freylich eigne Strafen darinn vorkommen; 3) daß der Ausdruck poena nicht selten im römischen Recht so uneigentlich genommen und da gebraucht werde, wo kein Vernünftiger etwas anders, als Entschädigung finden könne (c). Allein wenn ich auch hierinn

(a) L. 13. §. 6. in fine C. de iudic.

(b) **Eichmanns** Erklärung des bürgerlichen Rechts Th. I. S. 15.

(c) Als Beweise werden hier angeführt *L. 3. pr. de eo, per quem factum est, quo minus quis &c. L. 1. §. 4. eod. L. 40. D. de reb. cred. L. vlt. D. de eo, quod certo loco. L. vlt. D. de extraord. cogn. Pr. I. de obl. quae quasi ex delicto.*

inn dem Herrn Professor Weber beystimme, so ist doch noch die wichtige Frage übrig, ob diese Bemerkungen auf gegenwärtigen Fall passen? Und daran zweifle ich. Der Titel, welcher hier in Betrachtung kömmt, redet von denen, welche die richterliche Hülfe mißbrauchen. Da nun diese, wie ich gezeigt habe, eine Strafe verdienen, so mußte die Ueberschrift desselben nothwendig auf die Art, wie geschehen ist, abgefaßt werden. In diesem Betrachte wäre es also sehr unnöthig gewesen, wenn Justinian bey ieder besondern Strafe zugleich den Ausdruck poena wiederholt hätte.

§. 15.

Die Theorie des Herrn Professor Webers widerspricht in mancher Rücksicht ganz augenscheinlich allen positiven im deutschen Reiche geltenden Rechten; und über diese darf sich nie ein Schriftsteller hinaus setzen, wenn er für deutsche Gerichtshöfe schreiben will. — Der Herr Professor Weber sucht den Grund der Verurtheilung in die Proceßkosten aus der lege Aquilia herzuleiten. Wenn wir aber die

Natur und Beschaffenheit derselben untersuchen, so werden wir mit leichter Mühe darthun können, daß nicht ieder Schaden, den der andere durch uns erlitten, sogleich auch die Verbindlichkeit zu Erstattung desselben nach sich ziehe. — Die Vorschrift dieses Gesetzes geht ausdrücklich nur dahin, daß man den durch eine unrechtmäßige Handlung zugefügten Schaden (damnum iniuria datum) ersetzen müsse (a). Es bleibt mir folglich zu untersuchen übrig, ob aus der gerichtlichen Verfolgung und Vertheidigung unsrer Rechte ein solches damnum iniuria datum entstehen könne? Dieß leugne ich aber völlig. Denn damit nicht aus Privatrache und außergerichtlicher Rechtsverfolgung ein zu großer Nachtheil für das Wohl des Staats entstehen möchte, so untersagen unsere positiven Gesetze fast iede Art der Selbsthülfe. Weil es aber höchst ungerecht gewesen wäre, wenn man uns das angeborne Recht der Vertheidigung entrissen und zugleich zugemuthet hätte, daß wir unsre Gerechtsame un-

(a) L. 4. L. 5. pr. & §. 1. L. 29. §. 3. D. ad Legem Aquiliam.

unvertheidigt sehen sollten, so gestatten sie uns die gerichtliche Verfolgung derselben. Es ist daher weder Kläger, noch Beklagter schuldig, seine Rechte unvertheidigt zu lassen (b). Können wir aber unsere Rechte durch richterliche Hülfe verfolgen, so kann auch aus dieser Handlung kein damnum iniuria datum entstehen, weil derjenige, welcher sich seines Rechts bedient, niemanden Unrecht thut (c). Existirt nun kein damnum iniuria datum, so kann man auch die Verfügungen des Aquilischen Gesetzes auf diese Materie nicht anwenden. Die ganze Lehre von Schadenserstattung liegt folglich in dieser Hinsicht außer unsrer Sphäre, (weil man nicht omne id, quod ex patrimonio abest, aut abesse defit, mit Recht zurückfordern kann.

Außer-

(b) *L.* 40. *D. de hered. petit.* "Nec enim „debet possessor (bonae fidei) temere indefensum „ius suum relinquere."

(c) *L.* 155. §. 1. *D. de div. reg. iur.* "Non „videtur vim facere, qui iure suo vtitur & ordinaria actione experitur." *L.* 151. *eod.* "Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet."

Außerdem geben unsre Gesetze noch auf andre Art zu erkennen, daß man die Erstattung der Proceßkosten nicht als Schadenserstattung betrachten dürfe. Sie sagen zum Beyspiel, ein temerarius litigator müsse seinem Gegner *damna & impensas litis* ersetzen (d). Wer sieht hieraus nicht, daß die Gesetzgeber Schäden und Proceßkosten als Gegenstände betrachten, die an sich ganz verschieden sind? Er giebt es sich, wie der Herr Professor **Weber** glaubt, aus der Natur der Sache, daß die Erstattung der Proceßkosten zur Schadenserstattung gehöre; so kann ich ia wohl mit Recht fragen: Warum wird der Sachfällige nicht blos in damna verurtheilt? (e) Noch bestimmter drückt sich das canonische Recht hierüber aus. Im Cap. VIII. X. de iniuriis & damno dato wird gesagt: "Quum igitur *aliud* sit *damnorum restauratio*,

(d) §. 1. *I. de poen. tem. litig. L.* 13. §. 16. *L.* 15. *C. de iudiciis.*

(e) Lauterbach *de expensis victoriae* th. LIII. sagt: sub expensis victoriae damna non continentur. Hinc non tenetur reus in expensas condemnatus ad restitutionem damni victori in itinere spoliato, aut si equus ipsi perierit. Carpzov. proc. iur. Tit. XXIV. art. 2. n. 1. Gail I. obs. 151.

ratio, quam *satisfactio expensarum* & ideo in iuramento exhibito *super damnorum articulo intelligi non debeat, quod factum expensarum fuerit comprehensum.*

§. 16.

Da uns ferner die Gesetze erlauben, auf die Erstattung eines ieden damni iniuria dati klagen zu können; so würden sie uns gewiß entweder eine besondere Klage gegeben haben, womit wir die Proceßkosten principaliter einfordern könnten, sie möchten vom Richter erkannt seyn oder nicht; oder wenigstens die Befugniß, sie so, wie andre Schäden, einzuklagen, nicht gänzlich genommen haben (a), wenn man annehmen könnte, daß die Proceßkosten zu den Schäden gerechnet werden müßten. —

Der

(a) *L. 3. C. de fruct. & lit. exp.* (VII. 51.) Terminato transactoque negotio posthac nulli actio neque ex rescripto super Sumtuum petitione praestetur, nisi iudex, qui de principali negotio sententiam promulgauit, comminus partibus constitutis, iuridica pronunciatione significauit: victori causae restitui debere expensas aut super his querelam competere. Post absolutum enim dimissumque iudicium nefas est, litem alteram consurgere ex litis primae materia.

Der Herr Professor **Weber** sucht diesen Zweifel durch die angeführte L. 3. C. de fructibus & litium expens. zu heben und behauptet, daß aus derselben deutlich erhelle, warum nicht, wie bey andern Schäden, so auch bey den Kosten eine besondere Klage zugelassen werde, wenn der Richter nicht auf die Vergütung derselben mitgesprochen habe; das Gesetz rede nicht von dem Rechte des siegenden Theils in Ansehung der Proceßkosten selbst, sondern nur von der Befugniß, dieß Recht gerichtlich zu verfolgen. Es sey daher nur in sofern, als von dem nächsten Grund der Befugniß zu klagen geredet werde, dies Erkenntniß des Richters das Fundament, die Kosten zu begehren; gehe man aber auf den entferntern Grund dieser Befugniß zurück und frage weiter, auf welchen Grundsätzen eigentlich der Richter sein Erkenntniß in Ansehung des Kostenpunkts zu bauen habe, so müsse man bey der Theorie von Schadenserstattung stehen bleiben. — Allein wenn der Herr Professor **Weber** einmal annimmt, daß man das Recht habe, die Proceßkosten als Schäden einzufordern, so

muß er eigentlich auch zugeben, daß man die Befugniß habe, dasselbe geltend zu machen. Was würde uns sonst ein Recht helfen, das wir gerichtlich nicht verfolgen könnten? In diesem Betrachte wäre es doch wirklich höchst ungerecht, wenn man uns die Erlaubniß, auf Wiedererstattung der Kosten zu klagen, blos deswegen hätte nehmen wollen, damit die Processe nicht vervielfältigt werden möchten. Wie der Herr Professor Weber diesen Grund als zureichend annehmen kann, ist mir unbegreiflich. Die Gesetze gestatten ia, daß aus einem geendigten Rechtsstreit ein neuer Injurienproceß entstehen darf. Warum sollten sie eben in dieser Materie dem Sieger so nachdrücklich verbieten, seinen durch Unrecht erlittenen Schaden einzuklagen. — Da überdieß das römische Gesetzbuch sehr vollständig ist, so würde doch wohl in der Lehre vom Aquilischen Gesetz der Proceßkosten einige Erwähnung geschehen seyn, wenn die Grundsätze von Schadenserstattung auf dieselben angewendet werden könnten. Aber hier finden wir nichts. Der Herr Professor Weber sucht dieses Stillschweigen dadurch

zu entschuldigen, daß man die Proceßkosten principaliter mit denen dort vorkommenden Klagen nicht verfolgen könne. — Vorausgesetzt, daß dieses seine Richtigkeit hätte, so würde man sie doch als accessorium des Siegs fordern können; und wir würden eine allgemeine Vorschrift haben, daß der Sachfällige ohne Ausnahme dem Sieger die Kosten zu ersetzen schuldig sey. — Da wir aber hiervon keine Spur in unsern Gesetzen finden, vielmehr die Verurtheilung in die Proceßkosten der richterlichen Entscheidung überlassen ist, so kann man sehr zuverlässig daraus schließen, daß das richtige Fundament derselben im Mißbrauche der richterlichen Hülfe, welcher durch Chicane oder grobe Nachlässigkeit entstehen kann, nothwendig zu suchen sey. Wäre der Richter nicht am fähigsten, aus den Acten hierüber zu urtheilen, so würde man seinem Willkühr gewiß nicht so viel überlassen haben.

§. 17.

Uebrigens glaubt der Herr Professor Weber, daß man in vielen Fällen den unrichtigsten

sten Behauptungen nicht ausweichen könne, sobald man die Kostenerstattung nicht als Entschädigung behandle. Hiervon, sagt er, hänge unter andern 1) die Frage ab: Ob mehrere Theilnehmer eines Verbrechens in Ansehung der Kosten in solidum gehalten sind? 2) Die Frage: Ob und in wiefern die Erben die Kosten bezahlen müssen, deren Erstattung ihrem Erblasser oblag? 3) Die Bestimmung des Vorzugs unter mehreren Gläubigern, wenn das Vermögen eines Angeschuldigten, oder Verurtheilten zu aller Befriedigung nicht hinreicht und alsdann die Frage entsteht, welcher Platz eigentlich den rückständigen Kosten im Erstigkeitsurtheile anzuweisen sey?

Da die erstere und lezte Frage, von welchen hier die Rede ist, weder in das System des Herrn Professor **Webers**, noch auch in das meinige gehören, indem blos die Absicht ist, über die Kosten des ordentlichen bürgerlichen Processes zu schreiben, so will ich diese beyden Fragen stillschweigend übergehen (a),

und

(a) Zu weiterm Nachlesen können folgende Schriften dienen: 1) Ueber die erste Frage:

und blos in Ansehung der zweyten kürzlich untersuchen: Ob man in Entscheidung derselben nothwendig auf unrichtige Behauptungen verfallen müsse, wenn man das Weberische System nicht annimmt? Ich behaupte das Gegentheil. Die Erben treten in die Rechte des Erblassers, folglich auch in die Verbindlichkeiten, welche demselben oblagen. Ist der Erblasser wegen eines temerarii litigii sachfällig geworden, so würde er, wenn er noch am Leben wäre, aus seinem Vermögen die Proceßkosten bezahlen müssen. Da aber die Erben dasselbe in Besitz ha-

ben

Quistorps Grundsätze des peinlichen Rechts §. 820. oder Lib. III. § 78. Westphals Criminalrecht, Anmerkung 23 und 69. Elsässer von Bezahlung der Untersuchungskosten in peinlichen Fällen; in den gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfällen P. IV. n. 5. Recker de natura et indole correalis obligationis Rostoch. 1759. §. 18. und 21. Dresky de correali oblig. Goett. 1777. §. 16. Wernher Tom. II. P. VIII. obs. 456. Tom. III. P. IV. obs. 54. Hommel in Rhaps. obs. 451. Kochii principia iur. crim. §. 990. Schol 2) Ueber die zweyte Frage: Quistorps Beyträge N. 33. S. 489. und Grundsätze §. 821. I. H. Böhmer de expensis crim. Cap. III. §. 6. in Exercit. ad Pand. Tom. VI. p. 356.

ben und zur Tilgung aller darauf haftenden Schulden verbunden sind, so können sie sich auch von der Verbindlichkeit zur Erstattung der Proceßkosten, welche eigentlich unter iene Schulden zu rechnen sind, nicht entziehen. Anders verhält es sich aber, wenn die Frage entsteht: Ob ein successor singularis, zum Beyspiel ein Legatarius, verbunden sey, zu den Proceßkosten, in deren Erstattung der Erblasser verurtheilt ist, nach Maasgabe seines aus der Erbschaft empfangenen Antheils das Seinige mit beyzutragen? In diesem Fall hat das Gegentheil statt. Denn da der Legatarius eine Person ist, welche in die vitia des Erblassers nicht eintritt, so kann man ihn auch in die Erstattung einer Strafe, die iene nach sich ziehen, nicht verurtheilen. (b)

§. 18.

2) Daß der Sachfällige *ob culpam leuissimam* die Proceßkosten erstatten müsse.

Nachdem der Herr Professor **Weber** völlig dargethan zu haben glaubt, daß man die Er-

(b) Arg. L. 5. D. de diu. temporal. praescript. (XLIV. 3.) Hierüber kann man weiter nachlesen:

Erstattung der Proceßkosten als Schadenser-
stattung betrachten müsse, so geht er nun zur
zweyten Frage über und sucht genau zu be-
stimmen, was in Ansehung der Proceßko-
sten, deren Vergütung und Compensation
Rechtens sey. "Vor allen Dingen, sagt er,
„hat man darauf Rücksicht zu nehmen, was
„die Vorschriften der positiven in Deutschland
„geltenden Gesetze in dieser Hinsicht mit sich
„bringeu. Wo uns diese ganz verlassen oder
„wenigstens keine ausdrückliche bestimmte Aus-
„kunft geben; da werden wir in der Analogie
„des bürgerlichen Rechts, und sodann in den
„Grundsätzen des Naturrechts die Quelle der
„Entscheidung zu suchen haben. Nach den
„Vorschriften der gemeinen Rechte glaube ich
„behaupten zu können, daß der verlierende
„Theil der Regel nach die Kosten bezah-
„len müsse; daß diese Regel zwar Aus-
„nahmen leide, welche aber in den Ge-
„setzen so wenig genau bestimmt sind,
„daß wir nothwendig auf die Natur der
„Sa-

sen: Voet. in Comment. ad Pandect. Lib. XLII. Tit I. §. 24. Lauterbach de expensis victoriae th. 44.

„Sache und die allgemeinen Grundsätze „von der Schadensersetzung zurückgehen „und darnach die Zulässigkeit der Aus„nahmen bestimmen müssen. Nach die„sen Grundsätzen wird sich aber weiter erge„ben, daß von iener Regel darum noch „keine Ausnahme zu machen sey, weil et„wa dem verlierenden Theile kein böser „Vorsatz oder *supina negligentia* in Anse„hung der Proceßführung zur Last fälle, „sondern daß es darauf ankomme, ob „der verlierende Theil sich mit Recht auf „einen gänzlich schuldlosen Irrthum „dergestalt berufen könne, daß er des„halb auch von der Verbindlichkeit, den „Gegner in Ansehung der Proceßkosten zu „entschädigen, sich loszählen darf."

Da ich in den vorhergehenden Paragraphen deutlich gezeigt habe, daß uns die in Deutschland geltenden Rechte über die Lehre von Erstattung der Proceßkosten und deren Compensation befriedigende Auskunft geben; so müssen nothwendig die unrichtigsten Behauptungen entstehen, wenn man Analogie

des

des bürgerlichen Rechts und Grundsätze des Naturrechts als Quelle der Entscheidung in dieser Materie betrachten will. Erwägt man überdieß, daß sogar unsre Gesetze Schäden und Proceßkosten von einander unterscheiden, so ist leicht zu erachten, daß hier die allgemeine Grundsätze von Schadenserstattung gar nicht in Betrachtung kommen können. Um iedoch das **Weberische** System völlig zu widerlegen, will ich die Gründe, wodurch er dasselbe zu unterstützen sucht, einzeln vorlegen und beurtheilen.

Einen vorzüglichen Beweis, daß der Sachfällige immer in die Kosten verurtheilt werden müsse, wenn er nicht in gänzlich schuldlosem Irrthum sey, glaubt der Herr Professor **Weber**

1) in einigen gesetzlichen Vorschriften zu finden. Dahin rechnet er vorzüglich:

a) die *L. 13. §. 6. C. de iudiciis*: Omnes iudices sciant, victum in expensarum causſa victori esse condemnandum, (quantum pro solitis expensis iurauerit.) (a) „Denn, spricht „er,

(a) Herr **Hennemann** beschuldigt den Herrn Professor **Weber** wegen der in der erstern Ausgabe

„er, nachdem in dem vorhergehenden fünften „Paragraphen des Gesetzes der Fall bestimmt „worden, da der Ungehorsam des einen Theils „noch keine Verurtheilung in der Hauptsache, „sondern blos die Erstattung der Kosten nach „sich ziehen konnte: so wird im sechsten Para„graph der Fall eines völlig entschiedenen „Streits bestimmt: Siue autem alterutra par„te absente, siue vtroque praesente lis fuerit „decisa, omnes iudices &c und so heißt es, „daß der Unterliegende, victus d. i. wie die „vorhergehenden Worte deutlich zeigen, der — in gabe weggelassenen Worte: *quantum pro solitis expensis iurauerit* einer Verstümmelung des Gesetzes. In Betracht dieses Zusatzes glaubt er, spreche dasselbe gar nicht von der Frage, wann die Kosten des Processes erstattet werden müssen; es bestimme gar nicht, daß ieder Uberwundene darein zu verurtheilen sey; es rede vielmehr von einem, **der schon im Kostenpunkt überwunden sey**; von dem die Urthel in der Hauptsache schon ausgesprochen, daß er die Kosten zu erstatten schuldig; es bestimme, wie hoch er zu verurtheilen sey, so hoch nämlich, als der Sieger seine Auslage wegen der gewöhnlichen Kosten beschworen habe; das Gesetz betreffe folglich nicht die Frage wann? sondern bey darüber vorausgesetzter Bestimmung die Frage: wie hoch?

„in der Hauptsache verliert, allemal auch in „die Kosten verurtheilt werden solle — in ex„pensarum caussa victori esse condemnandum; „und zwar mit dem Zusatze: quantum pro so„litis expensis victor iurauerit."

b) Beruft er sich auf die L. 5. C. de fructibus et litium expensis, obgleich diese Stelle nicht glossirt ist, sondern zu den Schätzen des ältern Rechts gehört, mit deren Herstellung uns der critische Fleiß des Cuiaz beglückt hat. *Quiuis iudex in sententia sua iubeat, victum factos in iudicio sumtus praestare.* — Si quis vero conuentus bona fide soluerit, aut actor a lite destiterit, aut etiam iudex inueniat eum non calumniatorem, *sed de re dubia litigantem*, hic euitabit impensarum condemnationem. "Was kann deutlicher „seyn, sagt er, als die allgemeine Vorschrift „gleich zu Anfange des Gesetzes. (b) Un„strei-

(b) Diese allgemeine Vorschrift meynen noch mehrere Schriftsteller in den beyden angezogenen Gesetzen zu finden. Unter andern Vinnius ad §. 1. I. de poena temere litigant. n. 3. Struv syntagm. iur. ciu. Voet. Comment. ad Pandect. Tit. de re iudic. n. 21. Gail Lib. I. obs.

„streitig enthält sie die Regel, wornach der „Richter verfahren soll, mithin gerade das, „was ich behaupte. Nun folgen zwar einige „Ausnahmen, und unter diesen auch: si iudex eum non inueniat calumniatorem — „allein ich bitte sehr, die folgenden Worte: „sed *de re dubia litigantem*, wol zu erwägen. „Diese zeigen im Zusammenhange des ganzen „Gesetzes deutlich genug, daß die Absicht nicht „sey, nur dem eigentlichen calumniatori al„lein die Verbindlichkeit der Kostenbezahlung „aufzulegen. Wie sonderbar und unzutreffend „wäre alsdann die allgemeine Vorschrift: vi„ctum factos in iudicio sumtus praestare de„bere; sondern offenbar soll die Abwesenheit „der eigentlichen calumniae allein noch nicht ge„nü-

obs. 151. n. 21. MARTINI Comment. for. Tit. XXXVI. n. 20. LAUTERBACH de expens. victor. §. 17. DONELL. Comment. iur. ciuil. Lib. XXVI. Cap. 3. MYNSINGER Centur. IV. obs. 55. CARPZOV iurisprudent. forens. Part. I. Const. 31. def. 44. Ebend. proc. XXIV. art. 1. n. 3. PESTEL de expens. victor. §. 7. TEMMEN de lit. expens. VIII. 16. VIII. 4. 16. ZOLL de lit. expens. refus. §. 18. Claproth im ordentlichen bürgerl. Proceß §. 203. u. a. m.

„nügen, um die Proceßkosten zu compensiren.
„Dies erfordert vielmehr non calumniatorem,
„*sed de re dubia litigantem.* Soll aber das
„Zweifelhafte dem Verlierenden wirklich zu
„Statten kommen: so muß es, nach vernünf-
„tiger Auslegung, so beschaffen seyn, daß die
„ungerechte Proceßführung ihm gar nicht zur
„Last fallen könne."

§. 19.

Wenn man beyde Gesetze in der Verbindung, worinn sie stehen, genau erwägt und sich nicht blos auf die Worte derselben einschränkt, so wird man iene allgemeine Vorschrift, welche der Herr Professor **Weber** in denselben zu finden glaubt, völlig vermissen. Denn

α) sieht man augenscheinlich, daß es Justinians Absicht gar nicht gewesen seyn könne, dem Richter durch dieselben zu bestimmen, wann er den Sachfälligen in die Proceßkosten verurtheilen müsse. Hierüber waren schon ältere gesetzliche Verordnungen vorhanden, welche die ausdrückliche Vorschrift enthielten, daß

nur

nur demjenigen verlierenden Theil die Erstattung der Proceßkosten auferlegt werden könne, welcher als *improbus litigator* (a) *temere*, (b) oder ohne Ursache (c) vor Gericht gestritten haben würde. Diese Bestimmungen mußten immer als Norm im Kostenpunkt gelten, so lange sie durch neuere Verfügungen ihr gesetzliches Ansehen nicht verlohren. Von Letzterem finden wir aber keine Spur in unsern Gesetzbüchern; auch nicht einmal in den vom Herrn Professor Weber angeführten Stellen. Man kann sich hiervon leicht überzeugen, wenn man in der L. 13. §. 6. C. de iudiciis nur einige Zeilen weiter liest. Justinian fügt ausdrücklich zu den oben bemerkten Worten folgende hinzu:

„Non ignorantes, quodsi hoc praetermi-
„serint, ipsi de proprio huiusmodi poe-
„nae subiacebunt, & reddere eam parti
„laesae coarctabuntur."

Hier-

(a) §. 1. *I. de poena tem. litig.*
(b) *L.* 79. *D. de iudic.*
(c) *L.* 78. §. 2. *D. de legat. II.*

Hieraus kann man sicher den Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber weiter nichts, als die widerrechtliche Uebergehung des Kostenpunkts im richterlichen Urtheile ausdrücklich habe verbieten wollen. Um seinem Befehle desto mehr Nachdruck zu geben, erklärte er zugleich, daß der Richter, im Fall er dieser Vorschrift nicht nachkommen und durch sein grobes Versehen den Sieger in Schaden setzen würde, die sämmtlichen Proceßkosten, worein er den Sachfälligen hätte verurtheilen müssen, dem Beschädigten erstatten solle. — Dieß setzt immer voraus, daß dem Richter gesetzliche Bestimmungen, nach welchen er sich in Rücksicht des Kostenpuncts zu richten hatte, nicht fehlen konnten. Eben diese Bewandniß hat es mit der L. 5. C. de fructibus & litium expensis. Sie schreibt dem Richter blos vor, daß er in seinem Urtheile den ungerechten Proceßführer in die Kosten verdammen müsse, mit der Clausel:

„Quodsi iudex hoc non fecerit, ipse par-
„ti victrici damnum illud compensare
„cogitur."

Sieht

Sieht man aus diesen leztern Worten nicht deutlich, daß nach den Grundsätzen des römischen Rechts nur der Richter in Rücksicht der Proceßkosten dem Sieger ein damnum iniuria datum zufügen konnte, wenn er die Erstattung derselben da, wo sie den Gesetzen nach erkannt werden mußte, dem Sachfälligen im Urtheile aufzulegen vergaß? Sicher würden wir in den Verordnungen, welche über die Erstattung und Compensation der Proceßkosten vorhanden sind, eben solche Ausdrücke finden, wenn diese Gegenstände nach der Lehre von Schadenserstattung beurtheilt werden könnten.

β) Ist es auch höchst wahrscheinlich, daß Justinian die Absicht hatte, durch die L. 6. C. de iudiciis das ältere Recht, welches über die Verurtheilung in die Proceßkosten bereits existirte, auch auf den besondern Fall anzuwenden, wenn das richterliche Erkenntniß gegen den aus Ungehorsam nicht erschienenen Theil gefällt werden würde. Dieß geben nicht nur die Anfangsworte des sechsten Paragraphen zu erkennen; sondern der siebente Para-

graph kann uns auch hinlänglich davon überzeugen. Justinian sagt nämlich:

„Et haec de alterutra parte litigantium „contumaciter absente nobis statuere „visum est, *ad aequitatis rationem omnia „corrigentibus.*"

Blos als Beyspiel führt der Gesetzgeber in der L. 5. C. de fruct. et lit. expens. an, daß derjenige, welcher einer zweifelhaften Sache wegen vor Gericht untergelegen habe, in die Kostenbezahlung nicht verurtheilt werden könne. Vielleicht berührt er diesen Fall deswegen, weil über die Compensation der Proceßkosten eben keine besondre Gesetze gegeben waren.

Auffallend ist es gleichwol, daß die meisten Rechtsgelehrten, welche über gegenwärtige Materie geschrieben haben, darinn völlig übereinstimmen, daß in den angeführten Gesetzen eine allgemeine Vorschrift über die Verbindlichkeit des Sachfälligen zur Erstattung der Proceßkosten enthalten sey. — Allein man braucht eben kein Wunder anzunehmen, um diese Harmonie zu erklären. Die Schriften

der

der Rechtsgelehrten beweisen hinlänglich, daß man von ieher die Lehre von den Proceßkosten etwas seicht behandelte, und deswegen, weil man die darüber vorhandenen gesetzlichen Stellen für unzulänglich hielt, in den mehresten Fällen zur Billigkeit seine Zuflucht nahm. Auf solche Art wurden durch den Gerichtsgebrauch bestimmte Regeln festgesetzt. Daher kam es aber auch, daß sich allmählig so viele falsche Grundsätze von Erstattung und Compensation der Proceßkosten in Deutschlands Gerichtshöfe einschlichen.

§. 20.

Hiernächst sucht der Herr Professor **Weber** 2) durch L. 79. D. de iudiciis seine Behauptung zu bestätigen. **Ulpian** sagt daselbst:

"Eum, quem *temere* aduersarium suum „in iudicium vocasse constitit, viatica „litisque sumtus aduersario suo reddere „oportebit."

„Daß hier, sagt der Herr Professor **Weber**, nicht blos derjenige gemeynt sey, dem „ein böser Vorsatz zur Last fällt, sondern über-

„haupt ein ieder, welcher eine Sache vor Ge-
„richt durchzusetzen gesucht hat, die am Ende
„wider ihn ausgefallen ist, wird man mir zu-
„geben müssen. — Wer bey dieser Gelegenheit
„seinen Geßner einmal wieder nachsehen will,
„der wird eine Menge von Beweisstellen fin-
„den, welche Ihn hoffentlich überzeugen wer-
„den, daß die Alten unter temere handeln
„immer nur so viel verstanden haben, als
„vergeblich, aufs Gerathewohl etwas unter-
„nehmen, und, wie Geßner unter andern selbst
„bemerkt: *plus audere, quam oportet.* Dieß
„nun auf unsern Vorwurf angewandt, so dürf-
„te das Prädicat eines temere Litigirenden,
„nach dem wahren und ächten Sprachgebrau-
„che, mit Recht demjenigen beygelegt werden,
„welcher vergeblich gestritten, das ist, vor
„Gericht etwas durchzusetzen gesucht hat, was
„er am Ende nicht erreichen konnte, sondern
„durch Urtheil und Recht verworfen werden
„mußte. Wem dieß durch diese Stellen aus
„den classischen Schriftstellern am gedachten
„Orte noch nicht genug bewiesen scheint, dem
„muß ich wohl folgende Stellen aus unsern Ge-

„setzen zur Nachlese empfehlen. In L. 1.
„§. 17. D. de separationibus heißt es: si ta-
„men *temere* separationem petierunt credito-
„res defuncti, impetrare veniam possunt, *in-*
„*stissima scilicet ignorantiae causa allegata.*
„Sehet da eine Partey, die *temere* etwas ge-
„sucht hat, und gleichwol die gerechteste Ursa-
„che des Irrthums und der Unwissenheit vor
„sich gehabt haben kann. Diese angeführten
„Worte sind noch dazu gleichfalls vom Ulpi-
„an, aus dessen Schriften die obige L. 79.
„D. de iudiciis entlehnt ist. Und wenn vol-
„lends in einem andern Gesetze der calumnia-
„tor von dem, der blos temere litigirt hat,
„dergestallt unterschieden wird, daß durch-
„aus vom Letztern nicht auf den Erstern
„soll geschlossen werden können: so glau-
„be ich, einer weitern Erläuterung mich
„überheben zu dürfen. L. 1. §. 5. D. ad S.
„C. Turpill. enthält folgende Worte des Mar-
„cian: Quaeri possit, si ita fuerit interlocu-
„tus, *Lucius Titius temere accusasse videtur;*
„an calumniatorem pronunciasse videatur?
„Et Papinianus, *temeritatem facilitatis veniam*

„*continere* et inconsultum calorem *calumniae*
„*vitio carere & ob id hanc nullam poenam sub-*
„*ire* oportere. — Mich deucht, es ist hier
„sehr einleuchtend, daß mit der temeritate liti-
„gandi eine gänzliche Abwesenheit des bösen
„Vorsatzes und auch der Mangel des doli prae-
„sumti, oder der groben Fahrlässigkeit, gar
„wohl bestehen könne. Denn wie mag leztere
„facilitatis veniam verdienen, worauf die te-
„meritas litigandi allenfalls noch einen An-
„spruch machen kann? Wenn es nun gleichwol
„in den Gesetzen ausdrücklich heißt, daß te-
„mere litigans die Kosten bezahlen solle, so
„sieht, glaube ich, ein jeder, daß dieses nichts
„anders heiße, als daß der verlierende Theil,
„der Regel nach, dazu verurtheilt werden
„müsse."

§. 21.

Daß temerarius litigator sowol von classi-
schen Schriftstellern, als auch römischen Rechts-
gelehrten nur von demjenigen gebraucht werde,
welcher ohne seine Ueberzeugung, oder wohl gar
wider dieselbe vor Gericht etwas durchzusetzen
gesucht hat, das durch Urtheil und Recht ver-

wor-

worfen werden mußte, habe ich bereits durch so viele Beyspiele dargethan, daß eine weitläuftigere Erörterung über die eigentliche Bedeutung ienes Ausdrucks ganz überflüssig seyn würde. — In diesem Betrachte finde ich nur nöthig, die wenigen Beweisstellen, durch welche der Herr Professor **Weber** seine gegebene Erklärung zu rechtfertigen sucht, etwas näher zu beleuchten. 1) Was die synonymischen Worte plus audere, quam oportet betrift, so beweisen dieselben für den Herrn Professor **Weber** gerade nichts. Denn nur von demjenigen, welcher gar keine vernünftigen Gründe für sich hat, oder doch wenigstens einsieht, daß dieselben zur gerichtlichen Verfolgung seines Rechts gar nicht zureichend sind, und dennoch aufs Gerathewohl processirt, kann man mit Recht sagen, daß er mehr wage, als er sollte. Hingegen auf denjenigen, welcher erst durch gerichtliche Untersuchung überzeugt wird, daß iene Gründe, welche ihn zum Processiren bewegten, so wichtig nicht sind, als er zu Anfang des Processes glaubte, paßt der Ausdruck plus audet, quam oportet, auf keine

Wei-

Weise. Da unsre Gesetze ausdrücklich sagen, daß niemand verbunden sey, sein Recht aufzugeben, oder unvertheidigt zu lassen (a), so sind wir schlechterdings nicht befugt, denjenigen in die Kosten zu verurtheilen, welcher sich iener Freyheit auf eine rechtmäßige Art bedient. Und dieß ist der Fall bey ieder streitenden Partey, welche bona fide die richterliche Hülfe gebraucht. — Aus obiger Erklärung des Herrn Professor **Webers** fließen überdieß noch mehrere der unrichtigsten Folgerungen, welche mit den Grundsätzen unsers Rechts geradezu im Wiederspruch stehen; zum Beyspiel, daß ieder streitende Theil, welcher wegen Mangel des Beweises sachfällig wird, ohne Ausnahme die Kosten tragen müsse. (b) Eben so verhält es sich 2) mit L. 1. §. 17. D. de separationibus. Bey genauer Prüfung kann der Sinn dieses Gesetzes zuverlässig kein andrer seyn, als folgender: Wenn die Gläubiger des Verstorbenen beym Richter nachgesucht haben, daß das Vermögen desselben von den Gütern

des

(a) L. 40. D. de hered. petit.

(b) L. 3. C. de calumnia. Man vergleiche Reinharth a. a. O. §. 30.

des Erben abgesondert werden möge; und nach geschehener Absonderung die Verlassenschaft des Erstern zu Tilgung der Schulden nicht hinreichend gewesen ist, so soll den Gläubigern der Recurs zu den Gütern des Leztern benommen seyn, weil die Vermuthung da ist, daß sie ohne Ueberlegung um iene Absonderung gebeten haben. Würden sie aber die gerechteste Ursache der Unwissenheit beweisen, und auf solche Art ihr Gesuch vom Verdachte **grober Nachlässigkeit** reinigen können, so soll jene *praesumta temeritas* dadurch von selbst wegfallen. — Auf solche Art kann der Herr Professor **Weber** durch **Ulpians** Worte nichts weniger beweisen, als daß temeritas und iustissima ignorantiae caussa zusammen bestehen können. — Untersucht man überdieß die Weberische Erklärung genau, so wird man in ihr die stärksten Widersprüche antreffen. Soll einmal temeritas litigandi die Verurtheilung der Proceßkosten nach sich ziehen, so mußte sie, zum Beyspiel, auch gegen denjenigen, welcher iustissimam ignorantiae caussam für sich angeführt hat, nothwendig erkannt wer-

den,

den, wenn man mit Recht annehmen könnte, daß diese iene in sich fasse. Da aber in dem angeführten Gesetze ausdrücklich das Gegentheil gesagt wird, so läßt sich schon hieraus leicht erachten, wie irrig iene Erklärung und alle auf sie gebauten Schlußfolgen seyn müssen. — Was endlich 3) L. 1. §. 5. D. ad S. C. Turpillian. betrifft, so kann sie als Gesetz, welches Criminalstrafen zum Vorwurf hat, in der Lehre von Civilstrafen nichts entscheiden. Denn da beyde wesentlich von einander unterschieden sind, so kann man, ohne gegen die Regeln der Vernunftlehre zu handeln, von dem einen auf das andere durchaus nicht schließen. — Nach römischen Grundsätzen durfte der Richter, wie ich schon bemerklich gemacht habe, einen peinlichen Ankläger, welcher seine Anklage nicht durchzusetzen im Stande gewesen war, nur dann mit Infamie, Deportation, Relegation und ähnlichen harten Strafen belegen, wenn er augenscheinlich wahrnehmen konnte, daß derselbe aus Chicane seinen Gegner vor Gericht gezogen habe. Fand er im Gegentheil, daß der Ankläger

blos

blos auf den unwahrscheinlichsten Argwohn (inconsultus calor) eines begangenen Verbrechens, ohne über den Grund desselben vernünftig nachzudenken (temere), eine öffentliche Anklage gewagt hatte, so konnte er dergleichen Strafen nicht gegen ihn erkennen. Es ist natürlich, daß die Gesetzgeber für unbillig fanden, denjenigen, welcher nicht aus Bosheit geklagt hatte, seiner Unbesonnenheit wegen gleich hart mit dem Chicaneur zu behandeln. — Dieß nun auf unser in Frage stehendes Gesetz angewendet, so ergiebt sich, daß der Sinn desselben eigentlich folgender sey: Soll man den Sachfälligen, von dem erwiesen ist, daß er aus grober Nachläßigkeit (temere), eine ungegründete peinliche Anklage erhoben hat, mit eben der Strafe belegen, welche die Gesetze für Chicaneurs, die aus Bosheit klagen, bestimmt haben? Nein, sagt Papinian, da die Unbesonnenheit keine Chicane begreift, so soll man ihm solche verzeihen und ihn daher mit keiner infamirenden Strafe belegen. Auf solche Art kann man ohnmöglich durch die angezogenen Worte beweisen, daß mit der

teme-

temeritate litigandi eine gänzliche Abwesenheit des bösen Vorsatzes und auch der Mangel der groben Nachlässigkeit gar wohl bestehen könne. Eher möchte ich die Schlußfolge daraus ziehen, daß temeritas calumniam und culpam latam in sich schließe, daß aber nicht immer vom Beweise der leztern auf das Daseyn der erstern geschlossen werden könne. — Ich wundere mich überdieß, wie der Herr Profess. **Weber** auf eine solche gar nicht hierher gehörige Stelle sich hat berufen können, da er selbst gleich auf dem nächstfolgenden Blatte sagt, daß alles, was Herr **Hennemann** bey Gelegenheit der actionis calumniae und aus dem **Titel der Pandecten** *ad S. C. Turpillianum* ausgeführt habe, **auf unsern Gegenstand gar nicht angewendet werden könne**, da ohnehin der gedachte Titel **nur die Chicane der öffentlichen Ankläger**, welche iemand ohne Grund eines Verbrechens beschuldigten, zum Vorwurf habe.

§. 22.

Wann 3) in §. 1. I. de poena temere litigantium die Worte vorkommen: *Improbus liti-*

litigator damnum et impensas litis aduersario suo inferre cogatur, so meynt der Herr Professor **Weber**, es werde weder dabey verordnet, noch lasse es sich aus dem Zusammenhange der Stelle im mindesten darthun, daß dieses ausschließend von dem Chicaneur zu verstehen sey; vielmehr werde das Gegentheil schon dadurch sehr einleuchtend, daß der Kaiser an ebengedachtem Ort auf der einen Seite allen streitenden Theilen den allgemeinen Eid für Gefährde zur Pflicht gemacht, auf der andern Seite aber gleichwol die Verurtheilung in die Kosten hinzugefügt habe, welches also, wenn es von dem muthwilligen Chicaneur verstanden werden müsse, sogut als vergeblich sey, weil der Eid für Gefährde gegen diesen Vorwurf hinlänglich sichere. — Da ich bereits gezeigt habe, daß dieser Eid nur für Chicane sicher stelle, bey weitem aber nicht hinlänglich sey, um ieder groben Fahrlässigkeit, wodurch die richterliche Hülfe gemißbraucht wird, vorzubeugen, so dürfte dieß schon genug seyn, um zu zeigen, weswegen Kaiser Justinian die Verurtheilung in die Proceßkosten hinzugefügt

haben möge. In diesem Betracht enthält die angezogene Verordnung eine allgemeine Vorschrift über die Erstattung der Kosten; und ist füglich nur von denjenigen zu verstehen, welchen Chicane oder grobe Nachlässigkeit beygemessen werden kann.

§. 23.

"Wirklich, fährt der Herr Professor „Weber fort, dürfte man bey genauerer Prü„fung es überhaupt dem Entzweck der Justiz„pflege am angemessensten finden, wenn das „Unterliegen in der Hauptsache allemal und ohne weitere Einschränkung die Verurtheilung „in die Kosten zur Folge hätte. (a) Denn der „Fall, da der verlierende Theil, wenn er „die Kosten bezahlen muß, sich über erlittenes „Unrecht mit Grund beklagen könnte, ist ungleich seltener, als der entgegengesetzte Fall, „da dem Sieger durch Vergleichung der Kosten viel zu nahe geschieht. Ueberdem setzt „die Compensation der Kosten, wenn sie anders mit Vernunft und Recht nicht offenbar „im

(a) Reinharth de errorib. pragmaticor. in compensat. expensar. §. vlt.

„im Widerspruche stehen soll, zum voraus,
„daß der verlierende Theil nach guten Grün-
„den seine Sache für gerecht gehalten habe;
„und daß derselbe mit Beystand der Rechte we-
„gen der vergeblichen Processführung völlig
„entschuldigt sey. Hieraus ist aber leicht zu
„erachten, wie viele Schwierigkeiten sich bey
„der Anwendung wirklich hervorthun müssen,
„wenn es darauf ankömmt, dieses gehörig
„auszumitteln. — Ich glaube daher nicht,
„daß die Gesetzgebung den Vorwurf einer Här-
„te verdienen würde, wenn sie dem, der doch
„einmal in der Streitsache selbst unrecht hat,
„auch allemal die Ersetzung des Schadens
„auflegte, den er durch seine vergebliche Pro-
„cessführung verursacht hat. (b) — Die
„Nothwendigkeit erfordert es, daß die Sache
„keinesweges dem Gutbefinden der Gerichte
„überlassen, sondern nach gewissen Grundsäz-
„zen näher berichtigt werde. Indessen scheint

"die

(b) Hiergegen eifert schon Pestel in der an-geführten Abhandlung §. 7. "In vrbe Mon-„tis Politani exstat statutum, vt victus victori „siue iuste, siue iniuste litigauerit, semper in ex-„pensas condemnetur. Quod videtur iniquum."

„die gewöhnliche Theorie der Rechtsgelehrten „hiervon noch weit entfernt zu seyn. Vermö„ge derselben soll der verlierende Theil mit Ver„gütung der Proceßkosten verschont werden, „wenn er anscheinende Gründe vor sich gehabt „hat, wodurch er sich zu einem guten Ausgan„ge Hoffnung machen konnte. Ein ieder sieht „aber, ohne meine Erläuterung, daß solcherge„stalt die Verurtheilung in die Kosten und de„ren Compensation von einer Sache abhänge, „welche in der Anwendung nicht unsicherer und „schwankender seyn kann. Und wer nicht ganz „ohne Erfahrung in gerichtlichen Streitigkei„ten ist, der wird es nicht in Abrede ziehen, „daß unter dem Vorwande der anscheinenden „Gründe von Zeit zu Zeit eine Menge Unge„rechtigkeiten in Ansehung der Proceßkosten „vorgehen und durch die Compensation derse„ben dem obsiegenden Theile häufig alles, was „er durch einen langwierigen Streit erfochten „hat, wieder vereitelt werde. Sollen die „Scheingründe, welche beym ersten Anblick die „Sache des verlierenden Theils als gerecht dar„stellen, ihn auch in Ansehung der Proceßko-

„sten entschuldigen, so wird aus der Compen„sation der Kosten am Ende nichts anders, „als eine Belohnung der Kunstgriffe, Trug„schlüsse und feinen Wendungen, wodurch es „der Chicane gelungen ist, einer ungerechten „Sache einen blendenden Anstrich und Schein „des Gerechten zu verschaffen."

§. 24.

Ich gebe gerne zu, daß auch noch zu unsern Zeiten mancher Mißbrauch mit der Kostenvergleichung vorgehe, und daß es in dieser Hinsicht sehr nöthig sey, durch bestimmte Grundsätze des Rechts das willkührliche Ermessen (a) der Gerichte zu beschränken. Nur darf

(a) **Vinnius** sagt in seinem Comment. ad Instit. Lib. IV. Tit. XVI. §. 1. "Iudicis religioni & prudentiae hoc aestimandum relinquitur; neque tam ex iure scripto, quam ex vsu iudiciorum peti debet. Eben so urtheilt Voetius in Comment. ad Pandect. Lib. XLII. Tit. 1. §. 21. 22. Mevius in decision. P. VII. Decis. 241. n. 4. und Huber in praelect. iur. ad Lib. IV. Instit. Tit. 16. n. 3. Man trifft sogar Proceßordnungen deutscher Provinzen an, welche den Kostenpunct lediglich dem richterlichen Erkenntniß überlassen. Man vergleiche zum Beyspiel die Gräfl. Tecklenburg. Hofgerichtsordn. Part. III. Tit. 18.

darf man nicht so weit, als der Herr Professor Weber, gehen und ieden streitenden Theil, dessen Gründe nicht so beschaffen gewesen sind, daß er durch sie hat siegen können, ohne Bedenken in die Proceßkosten verurtheilen. So würde die Erstattung derselben immer als Folge des Siegs zu betrachten seyn; (b) und der Kostenvergleichung würde man Gränzen setzen, welche weder mit den Grundsätzen der gesunden Vernunft, noch den Vorschriften unserer Gesetze übereinstimmen könnten. Immerhin mag es gegründet seyn, daß man leztere in den wenigern Fällen erkennen könne, so sind wir doch noch nicht berechtigt von ienen wenigern Fällen auf alle zu schließen. Es ist zwar wahr, daß viele der sogenannten probabilium litigandi cauſſarum den Sachfälligen in Rücksicht

(b) Daß die Erstattung der Proceßkosten als Folge des Siegs nicht betrachtet werden könne, haben schon mehrere dargethan. Unter andern sagt Mevius P. V. decis. 30. „Victoria sola non „est cauſſa, vt refundantur expensae, vt nec re„perta tandem innocentia rei, sed tantum accusan„tis malitia & iniquitas, quae quum abest, vt cri„mine caret, etiam poena abesse debet.“ Carpzov. proc. Tit. XXIV. art. 1. §. 6. Martini commentar. forens. Tit. XXXVI. n. 87.

ficht der Kosten gar nicht entschuldigen können, weil ein offener Kopf auch wohl Chicane und grobe Nachlässigkeit mit der Decke der Gerechtigkeit zu umgeben vermag. Aber deswegen dürfen wir nicht sogleich alle anscheinende Gründe, wodurch sich der Sachfällige zu einem guten Ausgange seines Rechtsstreits Hoffnung machen konnte, außer Acht lassen, wenn wir nicht von übertriebener Billigkeit auf überspannte Strenge verfallen wollen. Lezteres würde offenbar geschehen, wenn man die Grundsätze befolgte, welche der Herr Professor Weber aufgestellt hat. Auf solche Art aber würden sichtbar Ungerechtigkeiten nicht zu vermeiden seyn. Ließe sich hier kein Mittelweg finden, so möchte ich doch wirklich lieber Billigkeit, als Strenge vertheidigen. Wenigstens würde es dem Sieger minder beschwerlich seyn, wann er seine verwendeten Gelder verschmerzen müßte, als es den Besiegten drücken würde, wann er beym Verluste seines geglaubten Rechts auch sogar alle Kosten bezahlen sollte.

Sicher bleibt es, so lange Proceßkosten existiren werden, eine unumstößliche Regel,

daß der Richter durchaus die Gründe untersuchen müsse, welche der verlierende Theil vor sich gehabt hat. Sind diese so beschaffen, daß sie ihm nach den Grundsätzen der gesunden Vernunft Hoffnung zum Siege machen konnten, so müssen die Kosten nothwendig compensirt werden. (c) Ergiebt sich aber aus den Umständen, daß das Unterliegen in der Hauptsache als Folge verborgner Chicane oder grober Nachlässigkeit zu betrachten sey, so kann der Sachfällige anscheinender Rechtsgründe wegen mit Erstattung der Proceßkosten durchaus nicht verschont bleiben. — Ich denke nicht, daß man den Richter, welcher diese Grundsätze befolgt, eines widerrechtlichen Verfahrens werde beschuldigen können. Denn so wird weder der unredliche Proceßführer durch gesetzwidrige Compensation der Kosten gleichsam

(c) "Et non semper ex euentu, sed de litigandi cauſſa, conſiliis & eorum bonitate iudicandum eſt, & ſufficit, litigatorem ſibi probabilem victoriae ſpem facere potuiſſe, modo nec temerarius cauſſae ſuae aſſertor, nec probabilitas illa imaginaria fuerit, ſed rationibus non contemnendis & hactenus nondum dilutis inſtructa." Ziegler de officio iudicum concluſ. XLVIIII. §. 8.

sam in die Gerichte eingeladen, noch der Redliche durch übelangewandte Strenge in Erstattung derselben von der Verfolgung seiner Rechte abgehalten.

§. 25.

Unter die strengsten Grundsätze, durch welche sich das **Weberische** System auszeichnet, gehören besonders auch diese: "Dem Beleidigten den Schaden zu vergüten, den er „durch uns mit Unrecht leidet, dazu verbindet „uns die geringste Unachtsamkeit, sobald nicht „von Verhältnissen die Rede ist, welche aus „Verträgen entstehen, wobey ein geringerer „Grad des Fleises erforderlich ist. In lege „Aquilia & leuissima culpa venit, sagt **Ulpian** „in L. 44. D. ad L. Aquil. — Hat es aber „gar seine Richtigkeit, was schon **Thomasius** „in der bekannten Abhandlung über das Aquilische Gesetz anführt, daß heutiges Tags „die Lehre von der Schadensersetzung nicht lediglich auf die erwähnte römische Verordnung, „sondern auf die Vorschriften des Naturrechts „gebaut werden müsse, so ist meine obige Behauptung noch desto weniger irgend einem

„Zweifel in der Anwendung unterworfen; da „es den Grundsätzen des Vernunftrechts un„gleich gemäßer ist, daß derjenige, dem auch „nur ein geringes Versehen zur Last fällt, den „Schaden büsse, als daß ein andrer durch „fremdes Versehen Schaden leide. (a) — Nach „Vernunft und Gesetzen ist es doch wohl ei„gentlich kein **Vortheil**, wenn ich das **Mei„nige** von dem, der es mir schuldig ist, erhal„te, und keine Belästigung für mich, wenn „ich dem andern geben muß, was Sein ist. „Die Gesetze bestimmen, daß dem gewinnen„den Theile von Zeit der Litiscontestation an „gerechnet, alles das vergütet werden soll, „was ihm nicht entgangen seyn würde, wenn „der Verlierende gleich zu Anfang des Streits „sich zu dem bequemt hätte, was iezt Urtheil „und Recht ihm zur Pflicht machen. (b) Blos "für

(a) „Hic enim non agitur de poena, sed vter „damnum ferat. Ratio autem vult, vt potius „ille, cuius aliqua est culpa, ferat damnum." Huber praelect. ad Instit. Lib. IV. Tit. 3. §. 2.

(b) Diesen Grund findet man auch in Zolls angeführtem Tractat §. 18. S. 19. "Litis con„testatio possessorem seu reum in malam fidem „con-

„für den Schaden, der sich in eigentlichen Un=
„glücksfällen gründet, soll der verlierende Theil
„nicht haften; (c) mithin bleibt er doch wohl
„wegen eines auch noch so geringen Versehens
„immer verantwortlich. (d) Wie stimmt da=
„mit

„constituit, & ex paritate rationis etiam actorem,
„immo multo magis hunc, quum illius partes
„sint fauorabiliores, post litem contestatam in
„bona side esse non potest, nisi is, qui per sen-
„tentiam subsequentem vincit."

(c) *L.* 40. *D. de hered. petit.* "Illud quoque,
„quod in oratione diui Hadriani est, vt *post ac-*
„*ceptum iudicium id actori praestetur, quod ha-*
„*biturus esset, si eo tempore, quo petit, restitu-*
„*ta esset hereditas*, interdum durum est: quid
„enim, si post litem contestatam mancipia aut
„iumenta, aut pecora deperierint? Damnari de-
„bebit secundum verba orationis, quia potuit
„petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et
„hoc iustum esse in specialibus petitionibus Pro-
„culo placet. Cassius contra sensit. In praedo-
„nis persona Proculus recte existimat; in bonae
„fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet pos-
„sessor aut mortalitatem praestare, aut propter
„metum huius periculi *temere indefensum ius*
„*suum relinquere.*"

(d) Diese Grundsätze stellten vor dem Herrn Professor Weber schon mehrere auf. Unter an=dern Pestel a. a. O. §. 7. "Iustissima lanx iu-
„stitiae cuique suum tribuentis suadet, imo di-
„citat, vt *victo omni culpa carenti* onus expen-

„sarum

„mit die Lehre überein, daß der verlierende Theil „in Ansehung der dem Sieger verursachten „Proceßkosten nur blos für den bösen Vorsatz „und die grobe Fahrlässigkeit haften müsse? —"

Da nach den gesetzlichen Vorschriften, welche wir über die Proceßkosten haben, der Sachfällige nur ob dolum und culpam latam in die Erstattung derselben verurtheilt werden kann, so sieht ieder, ohne meine Erläuterung ein, daß man ihn nach den Grundsätzen der Schadenserstattung zur Prästation der culpae leuissimae keinesweges anhalten könne. Einer weitläuftigern Widerlegung obiger Grundsätze kann ich mich also füglich überheben.

Indessen ist es in anderer Rücksicht desto nöthiger, daß ich mich bey einer ganz irrigen Behauptung, welche der Herr Professor Weber in sein System hier einwebt, etwas länger verweile. Der Sachfällige ist den Gesetzen nach schuldig, von Zeit der Litiscontestation an gerechnet, dem Sieger alles das zu ver-

„sarum remittatur." So auch Zoll a. a. O. §. 14. "*Culparum gradus non attenduntur*, „sicuti in materia contractuum, sed *omnem culpam* „intelligimus." Arg. legis Aquiliae."

vergüten, was ihm nicht entgangen seyn würde, wenn der Verlierende gleich zu Anfang des Rechtsstreits sich zu dem bequemt hätte, was iezt Urtheil und Recht ihm zur Pflicht machen er bleibt des geringsten Versehens wegen verantwortlich; also muß er auch die Proceßkosten des geringsten Versehens wegen erstatten. So schließt der Herr Professor **Weber.** — Aber welch' eine Schlußfolge. Untersucht man den Grund iener Verbindlichkeit zu Erstattung aller Schäden, so wird man finden, daß derselbe in der mala fide des Sachfälligen liegt, welche die Litiscontestation unsern Gesetzen nach wirkt. (e) Allein hier entsteht die wichtige Frage: **Kann man den Sachfälligen dieses** *malae fidei* **wegen, worinn er sich nach geschehener Litiscontestation befindet, derentwegen er** ob culpam leuissimam **verantwortlich bleibt, in die Proceßkosten verurtheilen?** Ich glaube nichts weniger, als dieses. — Man hat bey der mala fide einen groſsen Unterschied zu machen, wel-

(e) L. 20. §. 11. D. de hered. petit. L. 25. §. 7. D. eod.

welchen der Herr Professor **Weber** entweder ganz zu verkennen, oder außer Acht zu lassen scheint. Sie kann nämlich unsern Rechten nach gedoppelt seyn, *naturalis* und *ciuilis*. Wenn eine wirkliche persuasio iuris mihi non competentis da ist; und ich eigne mir doch dieß Recht gegen meine Ueberzeugung zu, so bin ich *naturaliter in mala fide*. Werden mir hingegen die Wirkungen, welche mala fides naturalis erzeugt, ex legis dispositione beygelegt, so bin ich *in malam fidem ciuiliter* gesetzt. Da nun die Litiscontestation blos ciuiliter malam fidem wirkt; (f) der Sachfällige Theil hingegen, wenn er in die Proceßkosten verurtheilt werden soll, naturaliter in mala fide seyn muß, so läßt sich hieraus leicht erachten, daß von einer gesetzlichen Stelle, worinn von mala fide ciuili die Rede ist, auf einen Gegen-

(f) Mehrere, unter andern Byncker shoeck obseruat. iur. Lib. VIII. Cap. 12. haben dieß leugnen und die malam fidem, welche die Litiscontestation wirkt, zur wirklichen mala fide machen wollen. Mit Recht haben aber andre diese Behauptung widerlegt. Brockes de litis contestatione malam fidem non inferente. Hasse de litis contestatione an et quatenus malam fidem inferat. Goetting. 1780.

genstand, bey welchem man auf malam fidem naturalem zu sehen hat, gar nicht geschlossen werden könne. — Natürlicher Weise müßten die Gesetze den verlierenden Theil zur Erstattung aller Schäden, welche er nach geschehener Litiscontestation dem Sieger zugefügt hatte, schuldig erklären; denn dieser mußte ia von jenem Zeitpuncte an denken, daß er seine Sache verlieren könne; folglich den bestmöglichsten Fleiß anwenden, oder, wann er dieß nicht thun wollte, den Schaden, welcher aus seiner Nachlässigkeit entstanden war, billig ersetzen. Warum mußte denn der Räuber sogar ieden zufälligen Schaden, welcher aus dem Verzuge der Zurückgabe eines unrechtmäßiger Weise besessenen Gutes hergeleitet werden konnte, dem wahren Eigenthümer erstatten? (g) Sollte man nicht den Grund dieser strengen Schadensersetzung in der wahren mala fide, worinn der Räuber ganz offenbar war, zu suchen haben? — Der bonae fidei possessor brauchte im Gegentheil nie für den Zufall zu stehen, weil

(g) L. 8. §. 1. L. vlt. D. de condictione furtiua. L. penult. D. vnde vi.

weil ihn die Gesetze von den Folgen einer unrechtmäßigen Verzögerung völlig frey sprechen. (h) Sagt endlich Paulus selbst (i), daß derienige, welcher sich in bona fide natural befindet, nicht thöricht handeln und ohne Grund (temere) oder aus Furcht seine Rechte unvertheidigt lassen müsse; so würde es gewiß dem Zweck der Justizpflege sehr unangemessen seyn, wenn man das Recht, die richterliche Hülfe bona fide zu gebrauchen, mit Erstattung der daraus entstehenden Unkosten belegen wollte. (k)

§. 26.

(h) *L.* 63. *D. de diu. reg. iur.* Qui sine *dolo* malo ad iudicium prouocat, non videtur moram facere. *L.* 27. *L.* 47. *D. de vsuris. Sine dolo* i. e. qui iuste ad iudicium prouocat. *Iuste* enim dicitur prouocare, qui id facit, quod communiter fieri solet, qui iusta ignoratione ducitur, quod in iure non est. Dionys. Gothofred. ad L. 63. D. de diu. reg. iur.

(i) *L.* 40. *D. hered. petit.* Diese Stelle kann einen sichern Beweis vom eigentlichen Fundamente der Kostenvergleichung abgeben.

(k) L. 6. C. de legib. (I. 14.) "Quod fauore „quorumdam constitutum est, quibusdam casi„bus ad laesionem eorum nolumus inuentum vi„deri."

§. 26.

„Die Lehre, fügt der Herr Professor We-
„ber noch hinzu, daß der verlierende Theil in
„Ansehung der dem Sieger verursachten Pro-
„ceßkosten nur blos für den bösen Vorsatz und
„die grobe Nachlässigkeit haften müsse, wi-
„derspricht der ausgemachten Wahrheit, daß
„derjenige die äußerste Sorgfalt beobachten,
„mithin culpam leuissimam prästiren müsse,
„welcher ein Geschäfte unternimmt, welches
„seiner Natur nach eine ganz besondre Behut-
„samkeit und Vorsicht erfordert. (a) Dahin
„gehört ohne Zweifel das Streiten vor Ge-
„richt; weil der ganze Zweck der Rechtspfle-
„ge darinn besteht, daß ein ieder bey seinen
„Rechten und Befugnissen geschützt und alles
„Unrecht möglichst vermieden werde. Diesem
„Zwecke ist das ungerechte Processiren gera-
„dezu entgegen. Wer sich also dieß zu Schul-
„den kommen läßt, der mißbraucht eine öffent-
„liche zum gemeinen Wohl errichtete Anstalt
„zur Beförderung ungerechter Absichten, wor-
„aus

(a) Der Herr Professor Weber provocirt hier auf Ioan. Aug. Hellfeld iurisprud. for. §. 324.

„aus von selbst fließt, daß ein ieder streiten-
„der Theil zu der höchstmöglichen Sorgfalt
„verbunden sey, um dergleichen Mißbrauch
„seiner Seits zu verhüten, widrigenfalls, daß
„er den Schaden ersetzen müsse, der dem an-
„dern dadurch zugefügt worden. — Es ist
„eine an sich ungerechte Handlung, wenn man
„andre, es sey nun durch gerichtliche Klagen,
„oder durch Ausflüchte und Einreden, die am
„Ende durch Urtheil und Recht verworfen
„werden, in Kosten setzt."

Was diese Gründe betrift, so leugne ich zwar nicht, daß ieder, welcher sich einem fremden Geschäfte unterzieht, von dem er voraussehen kann, daß er dasselbe, ohne den größten Fleiß anzuwenden, nicht auszuführen vermöge, natürlicher Weise culpam leuissimam zu prästiren schuldig sey. Wenn aber der Herr Professor **Weber** von den Verbindlichkeiten, welche aus der Uebernahme eines fremden Geschäftes entspringen, auf diejenigen schließen will, welche dem Proceßführer, in so fern er sein eignes Geschäfte führt, obliegen, so stimmt dieß weder mit den Worten

des

des Herrn Professor Hellfelds, noch dem Sinn unsrer Gesetze überein. (b) — Ueberdieß setzt der Herr Professor dem Rechte, richterlicher Hülfe sich zu bedienen, so enge Gränzen, daß es fast scheinen möchte, man dürfe niemals sein Recht vor Gericht verfolgen, wenn man nicht zum voraus schon mathematisch gewiß vom Siege überzeugt sey. Wie wenig entsprechen aber solche Einschränkungen dem eigentlichen Zwecke unsrer Gerichtshöfe? Existiren diese nicht deswegen, um unsre Streitigkeiten zu entscheiden, weil wir einmal ganz unfähig sind, in eignen Sachen Richter zu seyn? Da wir im Zustande der natürlichen Freyheit nicht schuldig waren, Rechte aufzugeben oder unvertheidigt zu lassen, von denen wir überzeugt waren, daß sie uns zustehen mußten; so sind wir nach Etablirung der Gerichtshöfe eben so wenig verbunden, etwas zu prästiren, wozu wir keine Verbindlichkeit fühlen, oder den andern im Genusse eines Rechts

zu

(b) Man vergleiche hier Hennemanns Beytrag zur Rechtstheorie von Erstattung der Proceßkosten §. 10. S. 41 — 45.

zu lassen, auf welches wir nach vernünftigen Gründen Anspruch machen können. — Die Gesetze erlauben, daß wir unsre Rechte verfolgen können. Thun wir dieß bona fide, so mißbrauchen wir ja auf keine Weise eine öffentliche zum gemeinen Wohl errichtete Anstalt zur Beförderung ungerechter Absichten. Werden gleich unsre Klagen oder Einreden durch das richterliche Urtheil verworfen, so können doch die Proceßkosten, welche wir auf solche Art unserm Gegner verursacht haben, nie als Folgen einer an sich ungerechten Handlung angesehen werden. (c) Denn sind wir berechtigt, die richterliche Hülfe zu gebrauchen, so haben wir nothwendig die Befugniß, alle dazu erforderlichen Mittel anzuwenden; folglich auch unsern Gegner in diejenigen Kosten zu setzen, ohne welche die Rechtsverfolgung ohnmöglich ist. — Befinden wir uns aber in einem solchen Grade der Schuld, welcher bonam fidem ausschließt, so haben wir die richterliche Hülfe gemißbraucht und sind unserm Geg-

(c) Cap. 31. X. de election.

Gegner seine aufgewendeten Kosten zu erstatten schuldig. (d)

Je drückender überdieß die praestatio culpae leuissimae ist, desto weniger braucht sich derselben iemand zu unterziehen, dem sie die Gesetze nicht ausdrücklich auflegen. Da wir nun solche gesetzliche Vorschriften, nach welchen der verlierende Theil zur Erstattung aller, auch durch die geringste Unachtsamkeit dem Sieger verursachten Proceßkosten verbunden seyn könnte, gänzlich vermissen; im Gegentheil sogar aufs genaueste bestimmt finden, daß der Unterliegende blos wegen Chicane und grober Nachlässigkeit in iener Hinsicht verantwortlich bleibe, so ist es doch wohl unsre Pflicht, diejenigen Grundsätze, welche mit den Gesetzen und der Natur der Sache übereinstimmen, zu befolgen.

§. 27.

Ehe ich iedoch die Widerlegung des **Weberischen** Systems schließe, muß ich noch einige

(d) Eben dieß behauptet Hennemann a. a. O. §. 11. S. 45 — 46.

nige allgemeine Bemerkungen über daſſelbe beyfügen. Geſetzt man könnte dem Herrn Profeſſor zugeben, daß die Lehre von Erſtattung und Compenſation der Proceßkoſten durchaus nach den Grundſätzen von der Schadenserſtattung zu behandeln ſey, ſo würden ſich dennoch zwey Hauptwiderſprüche in ſeinem Syſteme finden. Da 1) die Vorſchriften des Aquiliſchen Geſetzes nur in ſo weit, als von einem damno iniuria dato die Rede iſt, ihre Anwendung finden können; ſo wird es dem Herrn Profeſſor **Weber** immer ſchwer fallen, von demjenigen verlierenden Theil, welcher bey gerichtlichen Handlungen ſich keines doli oder culpae latae ſchuldig gemacht hat, zu beweiſen, daß er dem Sieger einen Schaden iener Art zugefügt habe. Hiernächſt wird aber auch nach den Grundſätzen des Herrn Profeſſors 2) mancher einen Schaden erſetzen müſſen, den er nicht verurſacht hat. Die wenigſten, welche ſich genöthigt ſehen, von der richterlichen Hülfe Gebrauch zu machen, ſind Rechtsverſtändige, die ihre Streitigkeiten ſelbſt beurtheilen können. Gemeiniglich kennen ſie die Geſetze

nicht,

nicht, oder verstehen sie nicht. Glaubt daher ein Unkundiger des Rechts bona fide, daß der andre seine Gerechtsame ohne Grund in Anspruch nehme, oder im widerrechtlichen Besitze derselben sich befinde, so hat er die Befugniß, einem Advocaten die gerichtliche Verfolgung derselben aufzutragen. Sieht dieser wohl ein, daß der Rechtsstreit nach Grundsätzen des Rechts nicht durchgesetzt werden könne; unterrichtet aber den Clienten von der wahren Beschaffenheit der Sache im geringsten nicht und verfolgt aus Bosheit oder Unwissenheit dieselbe vor Gericht, so ist hier der Advocat als derjenige zu betrachten, welcher durch unerlaubte Handlungen die gemeinnützige Anstalt der richterlichen Hülfe mißbraucht. Geht auf solche Art der Proceß verloren, so kann blos dieser zu Erstattung des Schadens, welcher dem Sieger durch widerrechtliches Processiren zugefügt worden ist, nach der Lehre des Aquilischen Gesetzes angehalten werden. Denn den Sachfälligen muß man seines bonae fidei wegen von aller Schuld frey sprechen. In so fern kann immer dem Systeme des Herrn Professor

fessor **Webers**, welches in dergleichen Fällen nicht den Advocaten, sondern den verlierenden Theil in die Unkosten verurtheilt wissen will, der Vorwurf einer Ungerechtigkeit mit Grunde gemacht werden, weil es den zu Ersetzung des Schadens verbindet, welcher sich keiner gesetzwidrigen Handlung schuldig gemacht hat; folglich, im strengsten Verstande genommen, als der Urheber jenes Schadens nicht betrachtet werden kann. — Ist hingegen der Rechtsstreit so beschaffen gewesen, daß Client und Advocat bona fide denselben vor Gericht verfolgen konnten, so kann das Unterliegen in der Hauptsache weder in Rücksicht des einen, noch des andern die Verurtheilung in die Proceßkosten zur Folge haben.

§. 28.

Die beste Art, ungerechte Processe zu verhindern, besteht gewiß darinn, daß man jeden Advocaten, welcher wissentlich offenbar ungerechte Processe durchzusetzen gesucht hat, ohne alle Einschränkung in die Erstattung aller Kosten, welche durch seine Chicane dem

Geg=

Gegner verursacht worden sind; und überdieß noch in eine ansehnliche Strafe condemnire. Auf solche Art würden Deutschlands Gerichtshöfe in kurzer Zeit von einer ansehnlichen Zahl ungerechter Processe gereinigt werden. — Und glücklich sind gewiß diejenigen Staaten, wo Landesherrliche Verordnungen streitende Theile für Chicanen schlechtdenkender Advocaten sichern. In dieser Hinsicht sind in manchen Proceßordnungen deutscher Provinzen sehr vortheilhafte Verfügungen getroffen. Die neue Herzogliche Sachsen-Gothaische vermehrte und verbesserte Gerichts- und Proceßordnung (a) befiehlt, daß der Richter diejenigen Advocaten mit einer Strafe von 5 Rthlr. und mit der Erstattung aller Unkosten belegen, oder nach gefundenen Umständen gar *a praxi* suspendiren soll, welche sich unterstehen, solche *facta* zu verneinen, welche unleugbar sind, auch wohl gar *in notorietate* beruhen. Das *corpus iuris Fridericianum* (b) enthält die Vorschrift: daß

(a) *Part. I. Cap.* 14. §. 3.
(b) Buch I. Th. I. Tit. 23. §. 43.

daß die Assistenzräthe darauf sehen sollen, in wiefern eine Partey zu vorsätzlicher Verbergung, Verstellung und Zurückhaltung der Wahrheit oder einem freventlichen Leugnen durch die Rathschläge und Einblasungen eines unbefugten Consulenten verleitet worden; und Nachforschungen thun, damit hiernächst einem solchen Winkelconsulenten der Proceß gemacht und derselbe mit der verdienten nachdrücklichen Geld- oder Leibesstrafe belegt werden könne. Nach der Hessen-Darmstädtischen Verordnung d. d. 5. Jan. 1769. Num. 10. soll derienige Advocat, welcher chicaneuse und rabulistische Streiche spielet, den Proceß muthwillig verschleifet, actenwidrige *asserta* vorbringet, oder durch ein *litigium temerarium* und andre gesetzwidrige Mittel den Parteyen das Geld abstieret, oder überhaupt sich gegen alle Empfindung von Justiz abgehärtet zeiget, cassiret und für unfähig erkläret werden, iemals zu einer Bedienung in diesen fürstlichen Landen zu gelan-

langen. Auch nach der Chur-Braunschweigischen Oberappellationsgerichtsordnung (c) soll der Advocat nach Größe des Muthwillens in eine namentliche Geldstrafe condemnirt oder sonst *arbitrarie* bestraft werden.

(c) *P. II. Tit.* 13. §. 3. Eine ähnliche Verordnung befindet sich in der Calenbergischen Canzleyordnung Tit. 35.

Zwey-

Abschnitt II.

Vom wahren Grunde der Verurtheilung in die Proceßkosten und deren Compensation in besondern Fällen.

§. 29.

Dieser kann 1) in Thatumständen liegen, deren Grund oder Ungrund 1) entweder vor angestellter gerichtlicher Untersuchung klar gewesen ist, oder außergerichtlich hätte erforscht werden können.

a) *factum proprium.*

Bisher habe ich im Allgemeinen gezeigt, nach welchen Grundsätzen die Verurtheilung in die Kosten und deren Compensation zu erkennen sey. Jezt gehe ich zu besondern Fällen über und untersuche, in wiefern entweder in Thatumständen, oder in Rechtsgrundsätzen, oder in dem vom Richter für den Sachfälligen gefällten Urtheil ein rechtlicher Grund zur Erstattung oder Vergleichung der Proceßkosten liegen könne. — Was Erstere betrift, so beruht alles auf Erörterung der Frage: **In wiefern derjenige, welcher we-**

gen

gen ignorirter oder mißverstandener Thatsachen vor Gericht untergelegen hat, als ungerechter Proceßführer zu betrachten sey, oder nicht? Um dieselbe richtig zu entscheiden, muß man nothwendig darauf Rücksicht nehmen: Ob der Grund oder Ungrund jener Thatsachen vor angestellter gerichtlicher Untersuchung schon klar vor Augen lag, oder wenigstens außergerichtlich erforscht werden konnte; oder ob zu Erforschung desselben gerichtliche Untersuchung, auch wohl gar Leistung eines Eides nöthig war? Sollte man Ersteres finden, so muß man wieder dahin sehen: Ob der streitende Theil wegen eines Irrthums oder Unwissenheit in Rücksicht eigner oder fremder Handlungen vor Gericht untergelegen habe?

Da, unsern Gesetzen nach, niemand mit Irrthum oder Unwissenheit in Ansehung eigner Handlungen sich entschuldigen kann, (a) so folgt hieraus von selbst, daß der Unterliegende, der Regel nach, allemal mit dem Verluste

(a) L. 15. C. de rescindenda vendit. (IV. 44.)

luste der Hauptsache zugleich in die Erstattung der Proceßkosten zu verurtheilen sey, wenn diese dadurch verursacht sind, daß er eine eigne Handlung, worauf die Klage oder Einreden des Siegers beruhen, und deren er in der Folge überwiesen wird, wider bessere Ueberzeugung in Abrede gestellt hat. (b) Denn hier ist der deutlichste Beweis der malae fidei.

Weil

(b) Temmen a. a. O. Cap. IX. Sect. 3. n. 23. Weber §. 6. Hier finden diejenigen Proceßordnungen, welche auf freventliche Streitsucht die Kostenerstattung setzen, ihre Anwendung. Namentlich: Allgemeine Gerichtsordnung für die böhmisch. österreichisch. deutschen Erblande §. 398. Erfurt. Landgerichtsordn. Tit. XXXI. Churpfälz. Hofgerichtsordn. Tit. XXX. Gerichtsordn. des Fürstenthums Ober- und Nieder-Bayern Tit. VIII. Ges. 7. Cod. iur. Bauar. XVII. 4. 8. Regensburg. Proceßordn. Tit. XIX. §. 3. Zweybrück. Hofgerichtsordn. Tit. XLVII. Paderborn. Hofgerichtsordn. Tit. LXII. §. 1. Ostfrießländ. Hofgerichtsordn. Tit. XLV. Anhalt. Proceßordn. Tit. XVII. Sachsen-Gothaische Proceßordn. von 1704. P. I. Cap. 22. §. 1. Brem- und Vehrdische Hofgerichtsordn. Th. III. Tit. 9. §. 2. Brem- und Vehrdische Untergerichtsordn. Tit. IX. §. 5. Calenberg. Canzleyordn. Tit. XXXIV. §. 1. Wismar. Tribunalsordn. Th. II. Tit. 39. §. 1. Holstein. revidirte Landgerichtsordn. P. III. Tit. 25. §. 1. Gerichtsordn. der Reichsst. Bremen P. II. Tit. 6. §. 5.

Weil es überdieß billig ist, daß die Größe der Strafe mit dem Grade des Vergehens in Verhältniß stehe, so kann der Richter überhaupt ieden, welcher sich einfallen läßt, mit Vorbedacht und Ueberlegung die Wahrheit zu verdunkeln, oder deren Ausmittelung auf irgend eine Art geflissentlich zu verhindern oder zu erschweren; insbesondere aber denjenigen, welcher sich des frevelhaften Leugnens eigner Thatsachen schuldig macht, und zum Beyspiel den ihm darüber deferirten Eid abzulegen nicht vermag, außer der Verurtheilung in die Proceßkosten, durch eine willkührliche Geldbuße oder andere Strafe (c) züchtigen. In meh-

(c) Hierher gehören alle Proceßordnungen, welche auf besondern Muthwillen oder Temerität außer der Erstattung der Proceßkosten noch eine besondere Strafe setzen. Allgemeine Gerichtsordn. für die böhmisch. österreichisch. deutschen Erblande §. 409. Wirzburgische Landgerichtsordn. Tit. XVIII. §. 10. Culmbachische Hofgerichtsordn. Tit. LVIII. Baadensches Landrecht Th. II. Tit. 37. §. 7. Lindauische Proceßordn. Tit. XV. §. 3. Münsterische Hof- und Landgerichts- auch gemeine Ordnungen Tit. XXXV. Brem- und Vehrdische Hofgerichtsordn. Th. III. Tit. 9. §. 11. (Nach dieser Proceßordnung fällt die festgesetzte Geldstra-

mehreren Landesgesetzen haben wir hierüber ausdrückliche Bestimmungen. Nach der Sachsen-Gothaischen Proceßordnung (d) wird ein solcher mit der Strafe von 20 Reichsthaler belegt, wovon die eine Hälfte dem Richter, die andre dem Sieger zufällt; nach dem neuen Preußischen Gesetzbuch aber mit allen seinen Einreden und Repliken, die er vielleicht in folgenden Instanzen anbringen möchte, völlig abgewiesen. (e) Namentlich findet im Preußischen 1) derjenige, welcher ein wider ihn eingeklagtes Darlehn erhalten zu haben leugnet, dessen aber bey der Instruction erster Instanz überführt wird, wenn er demnächst von dem Urtheil appelliren und den Einwand der Zahlung vorschützen will, kein Gehör. Auf gleiche

strafe an den fiscus; und sollte sie der Sachfällige nicht bezahlen können, so kann er mit Gefängnißstrafe belegt werden.) Hildesheimische Hofgerichtsordn. Tit. XXXIII. §. 1. und 6. (Hier ist eine Geldbuße von wenigstens 10. Goldgulden gesetzt.) Lübisches Recht Lib. V. Tit. 11. Mühlhaus. Gerichtsordn. Art. XXIII. §. 4. Hamburg. Gerichtsordn. P. I. Tit. 36. §. 1. Mährensche Landesordn. S. 97.

(d) Part. I. Cap. 14. §. 4.

(e) Corpus Iur. Frider. a. a. O. §. 40. n. 1.

che Art wird 2) in dem Fall, wenn ein factum zwar geleugnet, aber euentualiter demselben ein Einwand oder Replik entgegen gesetzt wird und nach geschehener Untersuchung sich findet, daß nicht nur das geleugnete factum, sondern auch der Einwand oder Replik wahr ist, zwar in der Hauptsache nach der Lage derselben erkannt, aber der, welcher freventlich geleugnet hat, bestraft. Ebendieß findet 3) bey dem Kläger statt, welcher sich zum Beyspiel bey der Compensationsforderung eines frevelhaften Leugnens schuldig gemacht hat. — Wenn hingegen einer der streitenden Theile die Richtigkeit seiner eignen Handlung zwar nicht leugnet, dieselbe aber durch unerhebliche oder ungegründete Einreden, welche durch Urtheil und Recht als unstatthaft verworfen werden, zu entkräften sucht, so muß er wegen des offenbaren malae fidei nicht nur in die Erstattung der Unkosten, sondern überdieß auch in eine nachdrückliche Strafe verurtheilt werden. (f) Nach Beschaffenheit

(f) Sachsen-Gothaische vermehrte Proceßordn. Cap. LX. §. 1. Sachsen-Altenburg. Proceß-

heit der Umstände würde auch der Advocat, welcher sich zu dergleichen unerlaubten Handlungen gebrauchen läßt, mit einer willkührlichen Strafe zu belegen seyn.

Von dieser Regel lassen sich nur wenige Ausnahmen denken, wo unter gewissen Umständen auch Unwissenheit und Irrthum in Ansehung eigner Handlungen schuldlos und unschädlich seyn können. (g) Hierher gehört überhaupt der Fall, wenn man in einen solchen Zustand versetzt worden ist, wo Rückerinnerung geschehener Handlungen fast eine Unmöglichkeit in sich schließt; insbesondere aber wenn iemand, zum Beyspiel, wegen vieler Geschäfte, oder wegen seines mit herannahendem hohem Alter sich vermindernden Gedächtnisses eigne Hand-

ceßordn. P. I. Cap. 40. §. 1. Brem = und Verdische Hofgerichtsordn. Th. III. Tit. 9. §. 2. Cellische Oberappellationsgerichtsordn. Tit. XIII. §. 2. Lindauische Proceßordn. Tit. XV. §. 3.

(g) S. Voet und Brunnemann in Commentar. in Pandectar. leges ad Lib. XXII. Tit. 6. §. 5. Lauterbach Colleg. theor. pract. Lib. XXII. Böhmer introd. in ius Digest. XXII. 6. 4. Hellfeld iurispr. forens. §. 1189. Crell de ignorantia facti proprii interdum innocua; in seinen Dissert. et Programmat. Fascic. VI. n. 47. Weber §. 6. not. 3.

Handlungen, welche entweder das Gepräge des Alterthums sehr stark an sich tragen, oder schwer zu behalten sind, vergessen hat. Da würden immer die Kosten compensirt werden müssen, weil sich der Sachfällige unter solchen Umständen keines doli, noch culpae latae schuldig gemacht haben kann.

Eben diejenigen Bestimmungen, welche in Absicht dessen, der gegen bessere Ueberzeugung eine vom Gegentheile angeführte Thatsache leugnet, anzuwenden sind, können auf den gezogen werden, welcher einen Anspruch oder Einwand auf ein unwahres factum wissentlich gebaut hat. Immerhin mag er in die Kosten verurtheilt werden, denn seine mala fides ist offenbar. (h) Nach Preußischen Gesetzen ist ein solcher nach ausgemitteltem Ungrunde dieses facti überdieß des Rechts, oder des Einwandes selbst verlustig, gesetzt daß er solches nachher aus einem andern Fundamente herzuleiten und zu unterstützen bereit wäre.

Hat im Gegentheil der Advocat, ohne Mitwissen seiner Partey ein unleugbares factum

(h) Corp. iur. Frid. a. a. O. §. 40. n. 2.

ctum proprium, deſſen er in der Folge überführt wird, völlig abgeleugnet, ſo muß dieſer nothwendig in die Koſten verurtheilt, (i) die Partey aber mit deren Erſtattung verſchont werden. Nach der Sachſen-Gothaiſchen Proceßordnung iſt der Advocat, welcher ſich eines ſolchen Vergehens ſchuldig gemacht hat, außer der Koſtenbezahlung mit einer Strafe von 5 Reichsthalern zu belegen, auch wohl nach Beſchaffenheit der Umſtände ab officio zu ſuspendiren; (k) nach der Celliſchen Oberappellationsgerichtsordnung in eine namentliche Geldſtrafe zu condemniren, oder ſonſt arbitrarie zu beſtrafen, (l) und nach der allgemeinen Oeſterreichiſchen Proceßordnung in eine angemeſſene Strafe am Gelde oder Leibe zu verurtheilen. (m) Billig ſollten in allen Landen ſolche Verfügungen getroffen werden.

Man

(i) Marburgiſche Sammthofgerichtsordn. Tit. VI. §. 17. Sachſen-Gothaiſche erneuerte Proceßordn. P. I. Cap. 14. §. 3. Brem- und Vehrdiſche Hofgerichtsordn. III. 9. 2.

(k) Sachſen-Goth. Proceßordn. I. 14. 3.

(l) P. II. Tit. 13. §. 3.

(m) §. 409.

Man findet oftmals Leute, die solche Neigung zum Processiren haben, daß sie sich, ohngeachtet aller Erinnerungen, zu Leistung dessen, was sie schuldig sind, nicht eher bewegen lassen, bis man sie gerichtlich belangt; die Verbindlichkeit mag übrigens so klar am Tage liegen, als sie will. Hat man sie verklagt, so kommen sie von selbst, bezahlen ihre Schuld und glauben auf solche Art der Verurtheilung in die Proceßkosten zu entgehen. Da aber solche Schuldner immer in mala fide sind, so müssen sie mit der Kostenerstattung, und nach Beschaffenheit der Umstände auch wohl mit einer willkührlichen Strafe belegt werden. (n) Wenn aber der Schuldner außergerichtlich um Bezahlung ersucht, und sogleich gerichtlich belangt wird; im ersten Termine seine Schuldigkeit anerkennt und die Bezahlung ohne Umstände leistet, so glaube ich,

(n) Cellische Oberappellationsgerichtsordn. Tit. XIII. §. 3. Gleiche Verordnungen finden sich in der Marburg. Sammthofgerichtsordn. Tit. VI. §. 17. Hamburg. Gerichtsordn. I. 36. 1.

ich, daß man hier aus der Ursache die Proceß-kosten compensiren müsse, weil der Gläubiger seinem Schuldner keine Zeit gelassen hat, um der außergerichtlichen Erinnerung eine Gnüge leisten zu können. (o) Eben so verhält es sich, wenn der Schuldner sogar ohne vorhergegangene außergerichtliche Erinnerung vor Gericht belangt wird, und sogleich ohne Widerspruch bezahlt. Der Gläubiger hätte, wo nicht nach strengem Rechte, doch wenigstens aus Höflichkeit und Billigkeit, den Schuldner vorher, ehe er ihn gerichtlich belangte, erinnern müssen. Da er dieß vernachlässigt hat, so muß er sich den Kostenverlust selbst zuschreiben. Wenigstens läßt sich aus der Bereitwilligkeit zur Bezahlung, welche der Schuldner vor Gericht iezt zeigt, nicht ohne Grund vermuthen, daß der Gläubiger ohne Noth zur Klage geschritten sey, also sehr füglich iene Kosten hätte vermeiden können, wenn er nur bey Eintreibung seiner Schulden das beobachtet haben würde, was man im gemei-

nen

(o) Cellische Oberappellationsgerichtsordn. Tit. XIII. §. 2.

nen Leben zu beobachten pflegt. (p) Jedoch kann derjenige, dem ein bestimmter Termin gesetzt ist, auf die Compensation der Kosten keine Rechnung machen, wenn er wegen eines Verzugs in der Bezahlung, ohne vorhergegangene Erinnerung, sogleich gerichtlich belangt wird, (q) denn der Tag der Zahlung ist schon an sich als genugsame Erinnerung anzusehen. (r)

§. 30.

b) *factum alienum.*

Was Unwissenheit und Irrthum in Rücksicht fremder Handlungen betrift, deren Grund oder Ungrund der Sachfällige ohne richterliche Hülfe hätte ausmitteln können: so haben wir zwar die Rechtsregel: Ignorantia facti alieni non nocet; (a) um aber davon eine rechtmäßige

(p) Pestel de exp. victor. §. XI. n. 9. Zoll de litis expens. refus. §. XXVI. n. 7. Temmen de litium expens. Cap. VIII. Sect. 4. n. 11. Voet Comment. in Dig. XLII. 1. 22.

(q) Temmen de lit. exp. Cap. VIII. Sect. 4. n. 12.

(r) L. 12. C. de contrah. et committ. stipulat.

(a) L. 23. C. de probat.

ge Anwendung auf unsern Gegenstand zu machen, muß man nothwendig in Betrachtung ziehen: Ob dem Sachfälligen der Beweis einer solchen Thatsache oblag, oder ob er berechtigt war, denselben von Seiten des Gegners zu erwarten? Im erstern Fall kann dem Sachfälligen die irrige Vorstellung, welche er sich von der fremden Handlung gemacht hat, und die Unwissenheit in Rücksicht des Ungrundes derselben gar nicht zur Entschuldigung dienen, folglich die Compensation der Proceßkosten auf keine Art wirken. Denn wem der Beweis einer Handlung obliegt, der hat auch die Verbindlichkeit, den Grund derselben außergerichtlich zu erforschen, sobald ihm solches möglich ist. (aa) Läßt er es in dieser Hinsicht an Erkundigungen mangeln, so ist er als temerarius litigator anzusehen; und seiner groben Nachlässigkeit wegen in die Unkosten zu ver-

(aa) L. 42. D. de regul. iur. "Nam plane, „qui agit, certus esse debet, quum sit in potestate eius, quando velit experiri, & ante debet rem *diligenter* explorare et tunc ad agendum procedere."

verurtheilen. (b) Im leztern Fall hingegen kann der Sachfällige allerdings auf Kostenvergleichung Anspruch machen. Da er den Beweis der fremden Thatsache nicht zu führen hat, so kann es ihm ia nicht verargt werden, wenn er sich nicht eher verbunden glaubt, dem Gesuche seines Gegners Folge zu leisten, als bis der gehörige Beweis darüber geführt worden ist. Gesezt er hat auch außergerichtliche Erkundigungen über den Grund der fremden Handlung eingezogen und hie und da Versicherungen von ihrer Wahrheit erhalten, so ist es doch noch immer eine wichtige Frage, ob der Beweis darüber gehörig geführt werden könne. So lange er sich aber hiervon nicht überzeugen kann, hat er immer das Recht, denselben vom Gegner zu erwarten. Und dieser muß die Compensation der Kosten als Folge der Zweifel betrachten, worein seine Ansprüche gehüllt gewesen sind.

Läßt sich aber erweisen, daß der Sachfällige eine fremde Handlung, welche im Ver-

folge

(b) Weber §. 6. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß §. 203. n. 5.

folge der gerichtlichen Untersuchung erwiesen wird, gegen bessere Ueberzeugung geleugnet habe, so ist er wegen des offenbaren Beweises seiner malae fidei in die Erstattung der Proceßkosten zu verurtheilen. — Hiermit stimmen die im vorhergehenden Paragraphen (not. 2. und 3.) genannten Proceßordnungen völlig überein; ja sie verurtheilen sogar ein solches Subject in die nämlichen Strafen, denen sich derjenige unterziehen muß, welcher eine eigne Handlung gegen bessere Ueberzeugung in Abrede gestellt hat. Sollte auch der Sachfällige bald nach seinem frevelhaften Leugnen dem Processe entsagt und zu Leistung dessen, was der Gegner von ihm gefordert hat, freywillig sich bequemt haben; so kann ihm doch eine solche Renunciation in Rücksicht des Kostenaufwands gar nicht zu statten kommen; denn er ist einmal in mala fide und kann den Folgen derselben nicht entgehen. (c) Eben so wenig kann derjenige, welcher vom Grunde oder Ungrunde einer fremden Thatsache sich mit Willen nicht hat unterrichten wollen, mit Unwissenheit

(c) Pestel de expenf. victor. §. 7.

heit oder Irrthum sich entschuldigen. (d) — Daß übrigens ieder, der in der Hauptsache gar keine Red' und Antwort hat geben können, ohne Einschränkung in die Kosten zu verurtheilen sey, fließt schon aus der Natur der Sache. (e)

§. 31.

Thatsachen 2) deren Sinn, Grund oder Ungrund ohne richterliche Untersuchung nicht hat ausgemittelt werden können.

Ich gehe nun zur zweyten Frage über: Kann derjenige, welcher wegen ignorirter oder mißverstandener Thatsachen, von deren Sinn, Grund, oder Ungrund er blos durch richterliche Untersuchung überzeugt werden konnte, vor Gericht unterliegt, mit Recht in die Proceßkosten verurtheilt werden? Da die Unwissenheit solcher Thatumstände und die irrige Vorstellung

(d) Temmen de lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 29.

(e) Allgemeine Gerichtsordn. für die böhm. österr. deutschen Erblande §. 398. n. c. Ulm. Gesatz und Ordn. XXXV. 4. Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1704. I. 22. 2. Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1776. IXL. 2. Altenburg. Proceßordn. I. 40. 1.

lung, welche sich der streitende Theil davon gemacht hat, ohnmöglich als Folgen eines bösen Vorsatzes, oder einer groben Nachlässigkeit betrachtet werden können, so folgt hieraus von selbst, daß die Kosten compensirt werden müssen.

Gerade das Gegentheil behauptet der Herr Professor **Weber**. "Eben die Gründe," sagt er, "welche nach Vorschrift der Gesetze die „Ausflucht des Irrthums und der Unwissen„heit an sich schon ausschließen, müssen auch hier „angewandt werden, mithin kann keine Un„wissenheit oder Mißverstand den verlierenden „Theil entschuldigen, noch vom Ersatze der Pro„ceßkosten befreyen, sobald von Dingen die „Rede ist, die er wissen konnte und mußte. „Hat er es an der gehörigen Erkundigung in „dieser Hinsicht mangeln lassen, so ist er an dem „Erfolge selbst schuld, mithin verbunden, sei„nem Gegner die verursachten Kosten zu ver„güten. Auch der **geringste Grad der Un„achtsamkeit** muß diese Folge nach sich ziehen. „Es fragt sich aber ferner: ob man auch um„gekehrt sagen könne, daß alles dasjenige,

was

„was nach sonstigen Grundsätzen einen un-
„schädlichen Irrthum begründen würde, z.
„B. die bekannte Regel: facti alieni, item
„iuris positiui ignorantia inuincibilis non no-
„cet — auch auf die Proceßführung anzuwen-
„den sey, folglich auch dem verlierenden Thei-
„le, zum Zwecke einer Compensation der Ko-
„sten, zu statten komme? Diese Frage ist na-
„türlich nur in so fern zu beiahen, als in dem
„besondern Rechtsverhältnisse der Proceßfüh-
„rung kein Grund liegt, welcher nothwendig
„eine andre Bestimmung erfordert. Jene all-
„gemeineren Grundsätze von Unschädlichkeit
„des Irrthums setzen Fälle voraus, wo die
„Folgen einer rechtlichen Handlung lediglich
„und allein von der Wissenschaft und Ueber-
„zeugung des Handelnden abhängen und die-
„ser also sich füglich entschuldigen kann, wenn
„er zeigt, daß er dieß oder ienes bona fide
„als wahr oder nicht wahr geglaubt habe. Sie
„betreffen eigentlich nur den Fall, wo es blos
„darauf ankömmt, ob derjenige, der geirrt
„hat, deshalb aus dem Seinigen etwas ein-
„büßen soll. Damit allein ist aber hier die

Sa-

„Sache noch nicht ausgemacht. — Ich ha-
„be bona fide geglaubt, daß meine Sache ge-
„recht sey. Die Entscheidung des Richters
„ist mir entgegen ausgefallen. Mein Gegner
„hat Kosten davon gehabt und verlangt die
„Vergütung derselben von mir. Sehet da
„den wahren Gesichtspunkt, woraus wir die
„Sache zu betrachten haben. Die eigentliche
„Frage, worauf es hier ankömmt, besteht
„ganz einfach darinn: Ob Irrthum und
„Unwissenheit uns von Ersetzung des
„Schadens befreyen können, den ein an-
„derer durch uns gelitten hat? — Wer ei-
„ne fremde Handlung in Gerichten für sich an-
„führt, wovon er weiß, daß ihm die Beweis-
„führung obliegt, der muß seiner Sache völ-
„lig gewiß seyn, folglich auch vor allen Din-
„gen dahin Bedacht nehmen, daß es an dem
„gehörigen Beweise nicht ermangle. Fehlt
„dieser hernach, so hat er sich die Folgen da-
„von, daß er aufs Gerathewol gestritten hat,
„selbst beyzumessen. Die unerweisliche Be-
„hauptung ist im Wege Rechtens als falsch
„und förmlich unwahr anzusehen. Es kann

seyn,

„seyn, daß sie dennoch wahr gewesen; und noch „leichter kann der Fall eintreten, daß der ver„lierende Theil in einem an sich betrachtet ziem„lich schuldlosen Irrthume sich befunden habe. „Allein iedermann weiß, daß in Gerichten „auf Thatsachen nur in sofern, als sie erwie„sen sind, Rücksicht genommen werde; folg„lich nicht genug sey, eine Sache **wissen und** „**glauben**, um sie mit Erfolg im Gerichte an„führen und dabey beharren zu können, son„dern man muß auch die erforderlichen Be„weismittel zur Hand haben, ohne welche die „Behauptung vergeblich ist, und billig mit „Verurtheilung in die Kosten verworfen wird, „weil es dem verlierenden Theile unstreitig zur „Last fällt, durch unerweißliche Vorträge sei„nen Gegner in Kosten gesetzt zu haben. Weit „eher kann sich derjenige, der den Beweis ei„ner solchen Handlung nicht zu führen hat, „sondern denselben von seinem Gegner erwar„ten darf, mit der Unwissenheit einer fremden „Thatsache entschuldigen, folglich auf die Com„pensation der Kosten einen Anspruch machen. „Denn sobald ihm nicht mit Recht vorzuwer„

„fen

„fen ist, daß er wissentlich die Wahrheit ge-
„leugnet habe, so gereicht es ihm, als verlie-
„rendem Theile, zur Entschuldigung, daß er
„nicht verbunden war, den gegenseitigen An-
„gaben sich eher zu fügen, als bis darüber der
„gehörige Beweis geführt worden; und in
„solchem Falle hat der obsiegende Theil den
„Kostenverlust nicht sowol dem Gegner, wel-
„cher bona fide gestritten hat, als vielmehr
„der bisherigen Ungewißheit im Wege Rech-
„tens zuzuschreiben. Die Gesetze selbst ma-
„chen daher, in Rücksicht auf Irrthum und
„Mißverstand, ausdrücklich einen Unterschied
„zwischen dem Kläger und Beklagten. In
„L. 42. D. de Reg. iur. heißt es: Qui in al-
„terius locum succedunt, iustam habent i-
„gnorantiae causſam, an id, quod peteretur,
„deberetur. Haec ita de herede dicta sunt,
„si cum eo agatur, non etiam si agat. *Nam*
„*plane, qui agit, certus esse debet, quum sit*
„*in potestate eius, quando velit experiri, &*
„*ante debet rem diligenter explorare & tunc ad*
„*agendum procedere.* Nun ist zwar der Klä-
„ger gemeiniglich derjenige, dem die Last des

„Be-

„Beweises obliegt; es leidet indessen doch, nach „Analogie der Rechte, kein Bedenken, daß von „dem Beklagten in Rücksicht dessen, was er „zu beweisen hat, eben das zu behaupten, „folglich die Sache so allgemein, wie geschehen ist, zu fassen sey."

§. 32.

Bleiben wir vorerst bey dem **Mißverstand** fremder Handlungen stehen; so ist es sehr einleuchtend, daß in so fern, als die irrige Vorstellung, welche sich der streitende Theil von der Sache gemacht hat, nicht auf Bosheit oder grober Nachlässigkeit beruht, kein Mißbrauch der richterlichen Hülfe, folglich auch keine Kostenbezahlung statt habe. — Wer nur irgends in gerichtlichen Streitigkeiten nicht ganz unerfahren ist, der wird gewiß nicht in Abrede stellen, daß es im gemeinen Leben sehr oft verwickelte und dunkle Thatumstände gebe, von deren Sinn man sich nicht anders, als durch richterliche Untersuchung und Entscheidung überzeugen kann. Hierher gehört das sogenannte *factum intricatum*, wor-

unter man nichts anders zu verstehen hat, als Thatumstände, welche entweder sehr schwer, oder auf mannigfaltige Art sich erklären lassen. Beruht unser Recht, wovon wir bona fide glauben, daß es uns zustehe, auf Thatumständen dieser Art; haben wir vernünftige Gründe, welche unsre gefaßte Ueberzeugung bestärken; will sich aber der Gegner durch dieselben von der Verbindlichkeit zu Abtretung ienes Rechtes nicht überzeugen lassen; bestimmen ihn vielleicht eben so vernünftige Gründe zur entgegengesetzten Erklärung der dunkeln Thatsache; so haben wir doch wohl in solchem Fall ein vollkommenes Recht, dem Richter die Sache vorzutragen und ihn entscheiden zu lassen, ob unsre oder unsers Gegners Gründe wichtiger sind. — Denn wir bleiben immer Menschen, und betrachten nicht allezeit die Sache aus dem Gesichtspuncte, aus welchem sie unser Gegner betrachtet. Es entstehen folglich sehr oft ganz widersprechende Erklärungen und Urtheile über Rechte und Verbindlichkeiten. Sogar der Weiseste bleibt, so lange eine Welt existirt, mancherley Feh-

lern

lern und Irrthümern unterworfen, (a) deren Grund gewiß nicht in seinem Willen, sondern vielmehr in den engen Gränzen seiner Vernunft zu suchen ist. — Fällt daher das richterliche Urtheil gegen uns aus, so werden unsre Gründe zwar als minder beträchtlich verworfen; aber daraus läßt sich noch nicht beweisen, daß wir aufs Gerathewohl gestritten haben. — Das Urtheil entstehet erst durch die genaueste Untersuchung des Gerichts. Haben wir ohne dieselbe nicht einsehen können, daß wir in Erklärung dunkler Thatumstände geirrt haben, so kann uns kein Mißbrauch der richterlichen Hülfe vorgeworfen werden; wir sind folglich nicht schuldig, unserm Gegner seine aufgewendeten Kosten zu erstatten (b). Diese Grundsätze bleiben um so we-

(a) L. 2. D. de iur. et facti ignor. "In „omni parte error in iure non eodem loco, quo „facti ignorantia haberi debebit, quum ius finitum & possit esse, & debeat; *facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat*".

(b) Harpprecht Commentar. in Instit. Lib. IV. Tit. 16. n. 102. Martini Comment. forenf. a. a. O. n. 140. Huber praelect. in Instit. IV. 16. 3. Pufendorf introd. in proc. Br. Lun. IV. 9. 18. Anmerkungen über den Codic. iur. Bauar. XVII. 4. 3.

weniger einigem Zweifel unterworfen, da nicht nur das römische Recht wegen dunkler und verwickelter Thatsachen, (c) sondern auch mehrere Provinzialgesetze Deutschlands namentlich wegen eines facti intricati die Compensation der Proceßkosten erkennen. (d)

Es fragt sich weiter: Ob der Mangel des Beweises einer Thatsache dem Sachfälligen in Rücksicht der Kosten unschädlich seyn könne? Dieß behaupte ich in sofern, als deutliche Merkmale von der bona fide desselben vorhanden sind. Es ist zwar, wie der Herr Professor Weber erinnert, nicht zu leugnen, daß eine unerwiesene Behauptung im Wege Rechtens als falsch und förmlich unwahr anzusehen sey. Allein wenn diese förmliche Unwahrheit blos von der gerichtlichen Untersuchung und Entscheidung abhängt, vor Anfang

des

(c) L. 5. C. de fructib. & lit. expens. Argum. L. 79. D. de indiciis Arg. L. 7. §. 2. D. de legat. Arg. Auth. post iusiur. C. de iudiciis.

(d) Churpfälz. Untergerichtsordn. XXI. 6. Bayr. summar. Proc. XI. 8. Katzenelnbog. Gerichtsordn. VIII. 29. 1. Brem- und Verd. Hofgerichtsordn. III. 9. 2. Cellische Oberappellationsgerichtsordn. XIII. 2. Wismar. Tribunalsordn. II. 39. 2.

des Rechtsstreits aber noch nicht vor Augen gelegen hat, so kann man es dem überwundenen Theile durchaus nicht als Schuld anrechnen, daß er sein Recht nicht unvertheidigt gelassen hat. Denn der Mangel an Beweis involvirt nicht in allen Fällen temeritatem litigandi. (e)

Erwägt man überdieß, daß nicht immer dasjenige, was auf solche Art förmliche Unwahrheit geworden ist, deswegen auch wirklich unwahr sey, so kann man, im Allgemeinen betrachtet, um so weniger behaupten, daß der Sachfällige wegen der nicht erwiesenen Thatsachen allemal in einem schuldvollen Irrthume sich befinde, folglich die Kosten erstatten müsse. In Gerichten wird zwar nur auf Thatsachen, in so fern sie erwiesen sind, Rücksicht genommen, allein dieß ist unter Einschränkungen zu verstehen. Sieht man blos auf die Hauptsache, so hat es seine völlige Richtigkeit, daß der streitende Theil nur in sofern, als er die

That-

(e) L. 3. C. de calumn. S. Reinharth de erroribus pragmaticor. in doctr. de compens. expensar. §. 30.

Thatsache, worauf seine Ansprüche oder Einwendungen sich gründen, hinlänglich erwiesen hat, auf ein günstiges Urtheil hoffen könne, und wenn er dieß nicht im Stande gewesen seyn sollte, mit seinem Gesuch abgewiesen werde. Ist dieß aber auch der Gesichtspunct, aus welchem man zu beurtheilen hat, ob der Sachfällige die Proceßkosten bezahlen müsse? Zuverlässig hat man in dieser Hinsicht nicht auf den Mangel des Beweises, sondern auf die Gründe zu sehen, welche den Unterliegenden zur gerichtlichen Verfolgung seines Rechtsstreites bewogen haben.

§. 33.

Nach diesen Grundsätzen läßt sich in einzelnen Fällen leicht bestimmen, was in Absicht der Kosten Rechtens sey. 1) Wenn der Klagegrund nur einigermaßen, aber nicht einmal halb bewiesen ist, und aus andern Umständen die bona fides des Sachfälligen nicht erhellet, so kann derselbe mit Recht in die Kosten verurtheilt werden, weil hier die Vermuthung ist, daß er vor angestellter Klage von der Unmöglichkeit der Beweisführung überzeugt gewesen

sey, folglich temere gestritten habe. (a) — 2) Weit eher kann derjenige auf Kostenvergütung Anspruch machen, welcher Einen unverwerflichen Zeugen für sich producirt (b); halben Beweis geführt (c) oder den Grund seiner Klage auf andre Art zwar dargethan hat, aber wegen des nachher geführten Gegenbeweises (d) sachfällig wird. Durch lezteren wird

(a) Lauterbach de expensis victor. th. 45. ist der Meynung, daß hier die Kosten compensirt werden müßten; und damit stimmen auch einige Proceßordnungen überein, namentlich Solms. Gerichtsordn. XXXIV. 4.

(b) Thomas Entwurf der Fuldischen Gerichtsverfassung §. 75. Bayrische Gerichtsordn. Tit. IX. Ges. 7. Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1703. I. 22. 2. Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1776. XL. 2. Altenburg. Proceßordn. I. 40. 2. Schwarzburg. Proceßordn. III. 5. 2.

(c) Anmerkungen über den Codic. iur. Bauaric. XVII. 4. 3. Temmen de litium exp. IX. 4. 2. Pestel de expens. victor. §. 11. n. 4. lauterbach de expens. victor. th. 45. Martini commentar. for. a. a. O. n. 112. Pfälz. Untergerichtsordnung XXI. 6. Bayrische Gerichtsordn. Tit. IX. Ges. 7. Bayr. summar. Proc. XI. 8. Katzenelnbog. Gerichtsordn. VIII. 29. 2.

(d) Carpzov. proc. XXIV. 1. Mynoch de arbitrar. iudic. quaest. II. 2. 177. n. 8. und 9. Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1704. I. 22. 2. Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1776. XL. 2. Altenburgische Proceßordn. I. 40. 2.

wird zwar ersterer ganz über den Haufen geworfen und kann unsern Rechten nach keine Kraft haben, aber in so fern, als derselbe die bonam fidem des Sachfälligen begründet, hat er wenigstens immer auf die Kostenerstattung sehr großen Einfluß. — 3) Wenn iemand aus einer wirklichen Thatsache geklagt hat, aber auf die Einwendung des Gegners, von deren Grund er nur durch die richterliche Untersuchung hat überzeugt werden können, mit seiner Klage abgewiesen wird, so müssen die Kosten nothwendig compensirt werden, weil der Sachfällige in bona fide ist. Hierher gehört zum Beyspiel der Fall: wenn iemand aus einem instrumento obligatorio klagt, gegen welches in der Folge exceptio solutionis oder acceptilationis eingewendet und wirklich erwiesen wird. (e) Sollte aber der Beklagte mit Production des Instrumentes, wodurch

(e) Martini commentar. forens. XXXVI. 2. 19. und 40. Carpzov proc. a. a. O. §. 13. Pufendorf a. a. O. IV. 9. 18. Thomas Entwurf der Fuldischen Gerichtsverfassung §. 75. Corpus Iur. Frider. a. a. O. §. 3. n. 3. Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1704. I. 22. 2. Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1776. XL. 2. Altenburg. Proceßordn. I. 40. 2.

durch er den Kläger gleich zu Anfang des Processes vom Ungrunde seiner angestellten Klage überführen konnte, mala fide gezaudert haben, so mag dieser seiner Bosheit oder groben Nachlässigkeit wegen die Proceßkosten erstatten. (f)

4) Ist die Thatsache aus welcher iemand belangt worden ist, nicht eine eigne, sondern Thatsache eines Dritten, zum Beyspiel des Erblassers, und es erhellet, daß der Beklagte nicht eher, als bey gerichtlicher Untersuchung von der Richtigkeit derselben sich zu überführen Gelegenheit gehabt haben könne, so ist es den Rechten gemäs, daß in diesem Falle die Kosten compensirt werden. Denn der Beklagte war nicht eher verpflichtet, den gegenseitigen Angaben sich zu fügen, als bis der gehörige Beweis darüber geführt worden. (g) — Eben so

(f) Martini a. a. O. n. 41. Lauterbach de expens. victoriae thes. 50. Gail. l. obs. 24. n. 2. Temmen de lit. exp. Cap. IX. Sect. 2. n. 7. Pestel de expens. victor. §. 7. und §. 11. Zoll de expensar. lit. refus. §. 26. n. 3.

(g) L. 42. D. de reg. iur. S. Mevius Part. VIII. decis. 335. Reinharth de error. pragmaticor. in doctrin. de compens. expensar. Hugo Donellus Comment. XXVI. 3. 50. b. Carpzov

so verhält es sich, wenn der Erbe oder successor iemanden aus einer fremden Handlung belangt hat, und erst durch die richterliche Untersuchung von dem Ungrunde derselben überzeugt worden ist. (h) — 5) Hat iemand auf eine Thatsache geklagt und zum Beweise einen oder mehrere Zeugen producirt, kann aber denselben aus der Ursache nicht führen, weil binnen dem rechtlichen Verfahren seine Zeugen sterben, oder zufälliger Weise verhindert werden, ein gerichtliches Zeugniß für ihn abzulegen; so kann man ihn, wenn er iezt wegen Mangel des Beweises unterliegt, in die Kosten nicht verurtheilen, weil man ihn weder eines malae fidei beschuldigen, noch glaubhaft machen kann, daß er, wenn auch der Tod der Zeugen nicht erfolgt seyn sollte, dennoch iene That-

P. I. constit. 24. def. 1. n. 2. Anmerkungen über den Cod. iur. Bauar. XVII. 4. 3. Temmen de lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 23. 24. 26. 27. Zoll de lit. exp. refus. XXIV. 1. 2. Claproth's Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß §. 203. n. 5. Bayr. summar. Proc. IX. 8. Corp. Iur. Frid. a. a. O. §. 3. n. 3.

(h) Temmen de lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 27.

Thatsache nicht erwiesen haben würde. (i) — 6) Dieß gilt auch von dem Fall, wenn dem Beweis = oder Gegenbeweisführer während der Rechtfertigung höchstnöthige Documente ohne sein Verschulden entgangen sind. (k) — 7) Hat sich iemand auf Zeugen verlassen, die außergerichtliche Versicherungen von der Wahrheit einer Thatsache gegeben haben, auf welcher seine Klage oder Rechtfertigung beruht, bey gerichtlichem Verhöre aber weigern sie sich entweder, ein solches Zeugniß abzulegen, oder thun wohl gar eine ihren Versicherungen entgegenlaufende Aussage; so fragt es sich: Ob in diesem Fall, wenn der Beweis der Thatsache nicht geführt werden kann, die Kosten zu compensiren sind? Einige Rechtsgelehrten haben dieses ohne Einschränkung behauptet, (l)

und

(i) Schwarzburg. Proceßordn. III. 5. 2.

(k) Martini Comment. for. a. a. O. n. 112. Carpzov proc. a. a. O. §. 13. Zoll de litis expensar. refus. XXVII. 1. Temmen de lit. exp. IX. 3. 48. Sachsen = Goth. Proceßordn. von 1704. I. 22. 2. Altenburg. Proceßordn. I. 40. 2. Schwarzburg. Proceßordn. III. 5. 2.

(l) Menoch de arbitrar. iud. quaest. II. 2. 177. n. 11.

und mehrere Proceßordnungen sind dieser Meynung gefolgt. (m) Allein ich glaube, daß man hier ganz andre Grundsätze zu befolgen und vorzüglich zu untersuchen habe, ob der Sachfällige in dolo oder culpa lata versire, oder nicht? Ist Ersteres, so muß er nothwendig seinem Gegner die Kosten erstatten. Dieser Fall kann eintreten, wenn z. B. der verlierende Theil vor angestellter Klage gewußt hat, daß die Zeugen iene außergerichtlichen Versprechungen aus Scherz gethan haben. Ist aber Lezteres, so müssen die trüglichen Zeugen in die Kosten verurtheilt werden; denn sie allein sind in mala fide; und dem Entzweck der Justizpflege ist es am angemessensten, daß man immer denjenigen mit der Kostenerstattung belege, welcher als Ursache des ungerechten Processes anzusehen ist. — 8) Entschuldigt das unerwiesene Gerücht von einer

n. 11. Carpzov defin. forens. Part. I. Constit. 31. def. 27. n. 6. Pestel de exp. victor. §. 11. Temmen de lit. exp. IX. 3. 46- 47. Martini Commentar. forens. a. a. O. n. 135. Anmerkungen über den Cod. iur. Bauar. XVII. 4. 3.

(m) Sachsen = Goth. Proceßordn. v. 1704. I. 22. 2. Altenburg. Proceßordn. I. 40. 2.

einer Thatsache den Unterliegenden wegen eines temerarii litigii? Mehrere Rechtsgelehrten (n) sind dieser Meynung gewesen, und haben vorzüglich aus der Ursache die Kosten compensirt, weil sie glaubten, daß dasselbe wegen großer Wahrscheinlichkeit Glauben verdiene, folglich in Rücksicht dessen, welcher daraus klagt, bonam fidem begründe? (o) Allein einem leeren Gerüchte, an sich betrachtet, ist kein rechtlicher Glaube beyzumessen. (p) Wer daher aus demselben klagt, ohne mit gehörigen Beweismitteln versehen zu seyn, macht sich nothwendig einer groben Nachlässigkeit schuldig und kann in diesem Betracht der Kostenerstattung nicht entgehen. —

Nach speciellen Landesgesetzen sind die Kosten zu compensiren, wenn der verlierende Theil vor Anfang des gerichtlichen Processes

von

(n) S. Temmen de lit. exp. Cap. IX. Sect. 3. n. 44. f. Martini Commentar. forens. a. a. O. n. 76. Anton Faber in Codic. Lib. IV. Tit. 14. def. 49. n. 1.

(o) L. 2. C. si seru. vel libert. L. 4. §. 2. C. de seruis fugitiuis. L. 30. §. 3. D. de adquir. hered.

(p) L. 12. C. de poenis. (IX. 47.)

von zwey oder mehreren glaubwürdigen Personen gehört hat, daß seine Sache in der Geschichte gegründet sey; (q) hingegen ist der Sachfällige in deren Erstattung zu verurtheilen, wenn er beym Versuche des gütlichen Vergleiches sich durchaus nicht hat wollen weisen lassen. (r)

§. 34.

Was ist in Ansehung der Kostenerstattung Rechtens, wenn nach ausgemitteltem Grunde oder Ungrunde einer Thatsache der streitende Theil den Proceß fallen läßt — oder fortsetzt?

Wenn iemand dunkler Thatsachen wegen vor Gericht gestritten und nach ausgemitteltem Grun-

(q) Bayr. Gerichtsordn. VIII. 7. Wo specielle Landesgesetze über diesen Fall nichts ordnen, da darf man die Kosten nicht compensiren. Immo licet fide dignus obiter quid dixisset, cui litigans mox fidem habuit, absque eo, quod in fundamentum dicti inquireret, inde non semper excusabitur, si succumbat, quia etiam persona idonea errare potest, et testi idoneo non creditur, si caussam testimonii proferre non pollit. Et hunc temerarium aestimo, qui ad nudum aliquod dictum litem adgreditur, priusquam examinet caussam dicti et an probabilis sit scientia referentis. Temmen de lit. exp. IX. 3. 39 - 43.

(r) Brem- und Vehrdische Untergerichtsordn. IX. 5. Mühlhaus. Proceßordn. Tit. XXXVII. §. 1.

Grunde oder Ungrunde derselben von seinem unstatthaften Gesuche, oder seines Gegners rechtmäßigen Ansprüchen hinlänglich überzeugt worden ist, so hat man in Ansehung der Kostenerstattung darauf Rücksicht zu nehmen: Ob derselbe dem bisher geführten Rechtsstreite nunmehr bona fide entsagt, oder auch nach erlangter besserer Ueberzeugung weiter fort processirt habe. In erstern Fall sind die Kosten zu compensiren; denn bona fides, das richtige Fundament der Kostenvergütung, liegt klar vor Augen. Dieß gilt nicht blos vom Kläger, welcher, sobald er vom Ungrunde seiner Klage überführt ist, dieselbe liegen läßt, sondern auch vom Beklagten, welcher, durch die richterliche Untersuchung von seiner Schuldigkeit überzeugt, zu Leistung dessen, was der Gegner von ihm gefordert hat, freywillig sich bequemt. (a) Jedoch gehen einige Provinzialge-

§. 1. Regensburg. Proceßordn. XIX. 3. Corpus iur. Frideric. a. a. O. §. 4. n. 2. Magdeburg. Proceßordn. Cap. XLV. §. 1. Martini commentar. forens. a. a. O. n. 43.

(a) L. 5. C. de fruct. et litium expens. Corpus iur. Frider. a. a. O. §. 16. und §. 3. n. 3.

geſetze hiervon ab, und verurtheilen ieden, welcher vor dem richterlichen Erkenntniſſe vom Proceſſe abſteht, in die Koſtenerſtattung. (b) Im leztern Fall ſind zwar die Koſten der erſtern Unterſuchung zu compenſiren, allein von dem Zeitpuncte an, da der ſtreitende Theil dem Proceſſe hätte entſagen müſſen, iſt er in alle Koſten zu verurtheilen, welche aus ſeiner unbefugten Streitſucht erwachſen ſind. (c)

So

n. 3. MARTINI Comment. for. a. a. O. n. 38-39. MEV. VI. 192. LAUTERBACH de expenſ. victor. th. 50. **Thomas** Entwurf der Fuldiſchen Gerichtsverfaſſung §. 75. **Claproth** a. a. O. §. 203. Corpus Iur. Frider. a. a. O. §. 16.

(b) Allgemeine Gerichtsordn. für die böhm. öſterr. deutſch. Erblande §. 400.

(c) Brem- und Vehrdiſche Hofgerichtsordn. III. 9. 4. Celliſche Oberappellationsgerichtsordn. XIII. 2. Gerichtsordn. der Reichsſtadt Bremen II. 24. 3. VOET in Comment. in Dig. XLII. 1. 23. ſagt ſehr gut: "Nec abſurdum fuerit, in quandam impenſarum partem victum „damnari, ſi ſcilicet in litis principio iuſtam habuiſſe videatur cauſſam, et tamen poſtea habere deſierit, ac iam cognoſcens, nullo ſeſe „iure in iudicio conſiſtere, contendere tamen „vltra maluerit, quam ſponte cedere; hunc enim „ad minimum in temporis iſtius poſterioris, quo „in mala fide fuit, impenſas damnandum eſſe,

„vix

So verhält es sich auch, wenn der streitende Theil die bona fide geschehene Renunciation oder dargebotene Bezahlung nicht angenommen, sondern das richterliche Urtheil, welches nicht günstiger für ihn ausgefallen ist, erwartet hat. Hieraus kann man die allgemeine Regel ziehen: So lange beyde streitende Theile in bona fide sind, müssen die Kosten compensirt werden; sobald aber einer derselben in malam fidem versetzt wird, muß dieser alle hieraus erwachsenen Proceßkosten erstatten.

§. 35.

Thatsachen, 3) deren Grund oder Ungrund blos durch Ableistung eines Eides hat ausgemittelt werden können. a) *Iuramentum litis decisorium, voluntarium* α) *delatum.*

Ich komme zur letzten Frage: **Was ist in Ansehung der Proceßkosten Rechtens, wenn**

„vix dubitandum." Mev. VI. 192. VIII. 490. Martini Comment. for. a. a. O. n. 110. Pufendorf introd. in pr. IV. 9. 18. Böhmer Consult. et Decis. T. II. P. I. 81. 17. P. I. 464. 21. sq. P. II. 1038. 8. Anmerkungen über den Cod. iur. Bauar. XVII. 4. 3. Lauterbach de expens. victor. th. 50. Temmen de lit. exp. VIII. 4. 10. IX. 2. 9 und 18. Pestel de expens. victor. §. 7.

wenn die Entscheidung der Sache auf Thatumständen beruht, deren Grund oder Ungrund nicht einmal durch richterliche Untersuchung, sondern blos durch Ableistung eines Eides hat ausgemittelt werden können: Was zuvörderst den zugeschobenen Eid betrift, so fragt es sich, ob in dem Falle, wenn derselbe über den Grund der Klage oder der zerstörlichen Einreden von dem einen Theile dem andern zugeschoben und nach vorhergehendem Eide für Gefährde geleistet worden ist, die Kostenvergleichung zulässig sey?

Der Herr Professor **Weber**, welcher überhaupt der Meynung ist, daß man dem Eide in mancher Hinsicht Folgen beylege, welche mit der Natur und dem Entzwecke desselben nicht übereinstimmten, und daß er ohne Grund zum Vorwand, die Kosten zu compensiren, dienen müsse, da der verlierende Theil nichts weniger als diese Nachsicht verdiene, verwirft namentlich auch hier die Kostenvergleichung. Seine Gründe sind kürzlich folgende: "Nach „Vorschrift der Gesetze wirkt der Eid eine

„förmliche Wahrheit, und der Richter ist „schuldig, dasienige als wahr und ausgemacht „im Wege Rechtens zu behandeln, was einmal „mittelst Eides also bestärkt ist. Dato iure„iurando non aliud quaeritur, quam an iura„tum sit, *remissa quaestione an debeatur, quasi „satis probatum sit.* (a) Sobald also die Sa„che einmal beschworen ist: so kann die Ent„scheidung der Proceßkosten lediglich nur von „Bestimmung der Frage abhängen, ob der „sachfällige Theil in Ansehung dessen, was „nunmehr durch den Eid in iuristische Wahr„heit gesetzt ist, eine solche schuldlose Unwissen„heit oder irrige Meynung, die ihn wegen „der bisherigen Proceßführung gänzlich „entschuldigt, für sich anführen könne? Diese „Frage muß aus der Beschaffenheit der That„sachen, welche beschworen sind, und aus den „Verbindlichkeiten, welche dem sachfälligen „Thei-

(a) L. 5. §. 2. D. de iureiurando. L. 26. pr. eod. MALBLANC. de iureiurando §. 41.

Man vergleiche hiermit: ZOLL de litis expensar. refusione §. 28. und TEMMEN de lit. expens. IX. 4. 9.

(b)

„Theile in Ansehung des gerichtlichen Streits „oblagen, näher bestimmt werden, In der „blosen Eidesdelation an sich, und in dem ge„leisteten Eide für Gefährde liegt kein Grund, „woraus dergleichen rechtmäßige Entschuldi„gung gefolgert werden könnte. Gesetzt also, „daß ein streitender Theil über seine eignen „oder gemeinschaftlichen Handlungen dem an„dern den Eid zugeschoben und dieser ihn ge„leistet habe; so ist iener ganz unstreitig nach „förmlicher Wahrheit, welche der Eid zur Fol„ge hat, als ein solcher zu behandeln, welcher „ein factum proprium oder commune fälsch„lich behauptet oder bestritten hat. In bey„den Fällen verdient er gar keine Nachsicht und „muß also den Schaden ersetzen, den er dem „andern Theile durch unrichtige Vorträge vor „Gericht verursacht hat. Anton Fabers „Raisonnement, daß es doch billig wäre, die „Kosten zu compensiren, quum fieri posset, „vt, qui iurauit, peierauerit, et tamen vice„rit, (b) ist offenbar falsch; und widerspricht „theils der Natur der Sache, theils den Vor„schrif-

(b) *Error. Pragmaticor. Decad. XIX. Cap. 6.*

„schriften der Gesetze; wornach der Richter
„den Eid entweder gar nicht zulassen; oder auch
„wenn er einmal geleistet, das Beschworne als
„wahr und ausgemacht annehmen, mithin
„auch die Folgen eben so bestimmen muß, wie
„es in iedem andern Falle, wo Thatsachen
„völlig bewiesen, oder unrichtig befunden sind,
„den Rechten gemäs ist. Darum läßt sich
„auch mit eben diesem Faber und andern nicht
„behaupten, daß die Verurtheilung in die Ko=
„sten nur in dem Falle statt finde, wenn der
„obsiegende Theil, außer dem deferirten und
„abgelegten Eide noch andre Gründe vor sich
„gehabt hätte; daß aber dagegen die Kosten zu
„compensiren wären, wenn er blos des Eides
„wegen obgesiegt hätte. Dieser Unterschied
„verdient keinen Beyfall, weil der alleinige
„Eid allemal schon völlig entscheidend ist, und
„die förmliche Wahrheit die er mit sich bringet,
„zu ihrer Wirksamkeit keiner weitern Unter=
„stützung durch andre Gründe bedarf. Ist
„aber der Gegenstand des Eides in Ansehung
„dessen, der ihn dem andern Theile zugeschо=
„ben hat, eine fremde Thathandlung, so sind

„gleichfalls die Grundsätze auch hier anzuwen-
„den, welche in dieser Hinsicht oben bereits
„vorgetragen sind. Eigentlich, wenigstens in
„den meisten Fällen, deferirt derjenige den
„Eid, dem, den Rechten nach, der Beweis
„einer Behauptung obliegt. Es kann inzwi-
„schen auch der andere Theil, ob er gleich die
„Last des Beweises nicht übernehmen darf,
„demnoch die Eidesdelation ergreifen, um de-
„sto kürzer aus der Sache zu kommen. Die-
„sen möchte ich zwar nicht durchgängig, wohl
„aber in dem Falle, wovon iezt die Rede ist,
„da er sich nämlich mit der Unwissenheit frem-
„der Thatsachen entschuldigen kann, mit Er-
„stattung der Proceßkosten verschonen. Jener
„hingegen, dem der Beweis dessen, worüber
„er den Eid deferirte, oblag, verdient auch
„keine Nachsicht. Denn ihm fällt es zur Last,
„daß er fremde Thatsachen behauptet, am
„Ende aber nicht gehörig bewiesen hat. Es
„kömmt auch in der That nichts darauf an,
„ob er außer der Eidesdelation noch einige
„Scheingründe vor sich gehabt habe, oder
„nicht; indem er es einmal auf den gegenseiti-

„gen

„gen Eidschwur hat ankommen lassen; wovon „es eine ganz natürliche Folge ist, daß die Sa„che lediglich nach der Leistung oder Nichtlei„stung des Eides beurtheilt und entschieden „werden müsse: und der verlierende Theil, „dem die Gesetze es zur Pflicht machten, nichts „zu behaupten, wobey es ihm an rechtlichem „Beweise mangelte, kann sich unmöglich „damit entschuldigen, daß er aus sonstigen „Gründen die Sache glaublich gefunden ha„be. Denn die vergeblichen Versuche, dieses „Glaubliche durchzusetzen, müssen nothwendig „auf seine Kosten geschehen, nicht aber dem „andern Theile schädlich werden. (c) Gleichwol „sagt man, hat doch der obsiegende Theil hier „auch den Vortheil, daß er durch Leistung des „Eides kurz und ohne noch mehrere Kosten aus „der Sache kömmt. Also ist auch das

„ein

(c) Dieser Meynung des Herrn Professor **Webers** pflichten folgende bey: HUBER in praelectionibus in Instit. I. 4. 16. 3. Anmerkungen über den Codicem iuris Bauarici iudiciarii; LEYSER spec. LXXXVIII. Med. II. SEYFARTH de compensatione expensarum Cap. II. §. 9. REINHARTH de error. pragmat. in compens. expens. §. 27.

„ein Grund wider den Beschädigten, daß er „wohl zufrieden seyn könne, weil ihm kein „größerer Schaden zugefügt worden? — — (d)

§. 36.

Wenn wir auf die Natur und Beschaffenheit des zugeschobenen Eides sehen; so finden wir in demselben mehrere Gründe, welche uns nothwendig für die entgegengesetzte Meynung bestimmen müssen. Der Eid ist, unsern Gesezzen nach, das äußerste Mittel, den Grund unserer Angabe ins Licht zu setzen; (a) er kann folglich blos bey **dunkeln und zweifelhaften Thatsachen** statt haben. Aus dieser Ursache muß noch iezt in manchen Gerichten derienige, welcher seinem Gegner den Eid zuschieben will, darthun können, daß es ihm an andern Beweismitteln gänzlich mangele. (b) Wo dieses iedoch durch besondere Verordnungen nicht bestimmt ist, da kann der Eid nach gemeinen Rech-

(d) S. Temmen de lit. expens. IX. 4. 9.

(a) *Nov.* 73. *Cap.* 4. "Nouissimum rei re„fugium — quod ex iureiurando est."

(b) Zellische Hofgerichtsordnung II. 26. 4. Bremische Hofgerichtsordn. II. 18. 1. Pufendorf **Introd. in Proc. Br. L. Tom. II. obs. 151.**

Rechten ohne jenen Beweis zugeschoben werden. Hieraus ergibt sich 1) daß in dem Falle, wenn der Grund einer dunkeln Thatsache blos durch Leistung eines Eides ausgemittelt werden kann, eben die Grundsätze anzuwenden sind, welche da statt haben, wo der Rechtsstreit auf Thatsachen beruht, zu deren Ergründung richterliche Untersuchung nöthig ist. 2) Vertritt der zugeschobene Eid, wenn er acceptirt und abgeschworen wird, die Stelle eines wirklichen Vergleichs; (c) denn derjenige, welcher schwört, wird von seinem Gegner gleichsam zum Schiedsrichter in seiner eignen Sache gesetzt. (d) Da nun ein Vergleich immer über zweifelhafte und dunkle Sachen eingegangen wird;

(c) *L. 2. D. de iureiurando.* (XII. 2.) "Iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata" *L. 31. in fine D. eod.* L. 1. pr. D. quarum rerum actio non datur.

(d) L. fin. C. de fideicommissis. (VI. 42.) L. 1. D. quarum rerum actio non datur. (XLIV. 5.) "Iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet, nec immerito, quum ipse quis iudicem aduersarium suum de caussa sua fecerit, deferendo ei iusiurandum."

wird; (e) und in dieser Hinsicht, wofern die Parteyen nicht etwas anders unter sich ausgemacht haben, die Kostenvergütung wirkt; (f) so kann man auch hieraus abnehmen, daß keiner der streitenden Theile seine aufgewendeten Kosten wiederfordern könne, sobald die Hauptsache des Rechtsstreits durch einen Eid entschieden worden. (g) 3) Setzt die Eideszuschiebung

(e) L. 1. D. de transactionibus. (II. 15.) "Qui „transigit, quasi de re dubia et lite incerta, ne„que finita transigit."

(f) Voet. a. a. O. Corpus Iur. Frideric. a. a. O. §. 17.

(g) Voet. a. a. O. Huber praelection. in Institut. ad Lib. IV. Tit. 16. in der Note. Faber ad Cod. Lib. IV. Tit. 1. def. 1. Martini Comment. for. a. a. O. n. 91. Böhmer consult. et decis. Tom. II. P. I. 303. 5. Tom. II. P. I. 486. 12. II. 981. 8. Brunnemann Proc. ciu. XXVII. 78. Carpzov proc. art. I. n. 50. Carpzov definit. forens. I. 31. 27. 30. 31. Mevius VI. 39. Berger supplement. ad Elect. discept. forens. P. I. S. 333. Mencken proc. iur. comm. XXXVI. 13. Seyfarths deutsche Reichspraxis Harpprecht de expens. victori praestito iureiurando adiudicandis vel compensandis Tüb. 1686. Temmen de lit. expensis Cap. VIII. Sect. 4. n. 9. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß §. 203. n. 8. und §. 314. Walchs Wissenschaft aus den Acten einen Vortrag zu thun §. 81. Thomas Entwurf der Fuldaischen Gerichtsverfassung §. 75. not. c.

bung *bonam fidem* des ſtreitenden Theils vor=
aus. Denn wenn iemand von der Gerechtig=
keit ſeiner Sache ſo ſehr überzeugt iſt, daß er
es wagt, ſeinen Gegner zum Schiedsrichter
in ſeiner eignen Sache zu erwählen, und alles
auf den Ausſpruch deſſelben ankommen zu laſ=
ſen, ſo kann man wohl nicht vermuthen, daß
er die Eidesszuſchiebung als den Deckmantel ſei=
ner Bosheit gebrauche. (h). Er müßte we=
nigſtens immer gewärtig ſeyn, daß der Geg=
ner den zugeſchobenen Eid acceptiren und lei=
ſten könne, und daß es dieſem alsdann ein
leichtes ſeyn werde, die verborgene Chicane in
ihrem Lichte darzuſtellen. Ich ſollte denken,
das Bewußtſeyn, in ſolchem Fall gedoppelter
Strafe ſich ausgeſetzt zu ſehen, werde immer
hinreichend ſeyn, um ſtreitende Theile von der
ungerechten Zuſchiebung eines Eides abzuhal=
ten. — So lange man daher den Deferen=
ten keiner wirklichen Bosheit beſchuldigen kann,
muß man immer bonam fidem ſupponiren,

und

(h) *Arg. L.* 30. *D. de iureiur. L. fin. C. de fideicommiſſis* (VI. 42.) Mevius P. VI. deciſ. 39. *Anton* Faber in Cod. Lib. IV. Tit. I. Mencken a. a. O. §. 14.

und nach den Grundsätzen, welche ich im ersten Abschnitte aufgestellt habe, die Kosten vergleichen.

Die Gründe, wodurch der Herr Professor **Weber** das Gegentheil darzuthun sucht, beruhen auf dem von ihm angenommenen Fundamente der Kostenerstattung und denen daraus hergeleiteten Folgerungen. Da aber diese den Rechten nach in gegenwärtiger Materie gar nicht statt finden können, so ist es natürlich, daß deren Anwendung auf vorliegende Frage unrichtige Bestimmungen erzeugen müsse. Einen besondern Grund gegen die Kostenvergütung glaubt zwar der Herr Professor **Weber** in der förmlichen Wahrheit, welche der Eid mit sich bringt, zu finden. Allein da ich im Vorhergehenden schon gezeigt habe, daß die förmliche Wahrheit, welche die richterliche Erkenntniß wirkt, keinen Grund zur Erstattung der Kosten abgeben könne, so darf ich mich wohl iezt der Mühe überheben, von der förmlichen Wahrheit, welche durch den geleisteten Eid entsteht, eben dasselbe zu beweisen. — Der Eid ist ja nicht immer ein richtiger Beweis,

weis, sondern hat nur die Kraft desselben. — Die übrigen Gründe, welche der Herr Professor **Weber** zu Bestärkung seiner Meynung vorgetragen hat, übergehe ich mit Stillschweigen, weil die Widerlegung derselben in den vorhergehenden Paragraphen schon enthalten ist. —

Setzen wir das gemeine Recht bey Seite, so finden wir, daß die deutschen Provinzialgesetze dem zugeschobenen und geleisteten Eide, in sofern der Hauptgrund der Klage oder der zerstörlichen Einreden durch denselben entschieden worden ist, fast durchgängig die Wirkung der Kostenvergleichung beylegen. (i) Nur in sehr wenigen Provinzialgesetzen Deutschlands wird dem Richter der Befehl ertheilt, in Absicht des Kostenpuncts auf den abgeleisteten Eid gar keine Rücksicht zu nehmen. (k)

§. 37.

(i) Erläuterungen und Verbesserungen der Churſächs. Proceßordn. Tit. XXXVI. §. 5. Sachsen-Goth. Proceßordn. von 1704. I. 22. 2. Sachsen-Goth. Proceßordn. von 1776. I. 40. 2. Sachsen-Altenburg. Proceßordn. I. 40. 3. Hildesheim. Hofgerichtsordn. XXXIII. 2.

(k) *Codex iur. Bauar.* Cap. XVII. §. 4. n. 3. Mühlhauſ. Proceßordn. Tit. XXXVII. §. 1. Gerichtsordn. der Reichsſt. Bremen II. 24. 2.

Nach

§. 37.

β) *Iuramentum relatum.*

Wie aber, wenn über den Hauptgrund der Klage oder Einreden ein zurückgeschobener Eid geleistet worden ist? Da erkennen die angesehensten Rechtsgelehrten die Kostenvergleichung mit Recht. Manche suchen den Grund derselben in dem religiosen Betragen des verlierenden Theils. So sagt zum Beyspiel Anton Faber (a) und mit ihm mehrere: (b) "Iusiurandum delatum referre vt plurimum „illi solent, qui diuini numinis metu ad su„perstitionem vsque sunt timidiores; in quam „partem peccare longe tutius est, ac modesti„us et christiano praesertim homine dignius, „quam religionis contemptu facilitatem iuran„di prae se ferre." Der Herr Professor Weber behauptet das Gegentheil "und zweifelt, „ob diese Faberische Erfahrung noch in un„sern

Nach der Gräfl. Tecklenburg. Hofgerichtsordn. wird das Urtheil über die Kosten in gegenwärtigem Fall der Discretion des Gerichts überlassen.

(a) in Cod. Lib. VII. Tit. 18. def. 16.

(b) Temmen de lit. exp. Cap. IX. Sect. 4. §. 10. Mevius P. VI. decis. 39. n. 5.

„fern Zeiten statt habe; und ob nicht mancher „den Eid gerade darum zurückschiebe, weil er „selbst ihn nicht schwören kann, und weil er „es weniger sündlich findet, allenfalls durch „das furchtsame Gewissen seines Gegners, „durch dessen Abneigung gegen die Eide, oder „wenigstens durch Verschleppung der Sache „sich einigen Vortheil zu verschaffen? Darf er „nur auf die Compensation der Kosten Rech„nung machen: so wird er, wenn ihm etwas „zu Eides Hand gelegt wird, das er nicht be„schwören kann, sicher nicht nachgeben, son„dern lieber den Eid zurückschieben, um von Er„stattung der Proceßkosten frey zu kommen. „So verhält es sich häufig mit denen, welche „metu summi numinis vsque timidiores den „Eid zurückschieben. Und gesetzt auch daß „dem also nicht wäre; so kann ia das furcht„same Gewissen, die Andacht und Religiosität „des verlierenden Theils doch wirklich die Fol„gen des förmlichen Rechts und der förmlichen „Wahrheit nicht abwenden. Diesen muß der „Richter nachgehen, da er iene ohnehin nicht „erforschen kann. Folglich kömmt es, wenn

der

„der zurückgeschobene Eid geschworen ist, le„diglich nur darauf an, ob dasienige, was „dadurch in juristische Gewißheit gesetzt ist, „eine Thatsache sey, die der Verlierende mit „Recht ignoriren konnte und durfte, oder nicht. „Im letztern Fall muß er ohnstreitig die Kosten „bezahlen. Und wenn er einen Eid, den er „leisten konnte, von sich ablehnte, zugleich aber „auch so christlich gesinnt war, daß er statt dessen „lieber einen andern das Gegentheil eidlich er„härten ließ; so mag er auch seinen Grundsäz„zen das Opfer bringen, daß er die Proceß„kosten bezahle, und mag sich nicht beschweren, „daß man seine bisherige Behauptung nun„mehr so behandelt, wie es der abgelegte Eid „mit sich bringt. (c)

Andere geben nicht einmal zu, daß der Referent bisweilen aus Furchtsamkeit oder Religiosität den zugeschobenen Eid zurückschiebe, sondern nehmen ein für allemal an, daß er den-

(c) Abhandlung: Ob die *relatio iuramenti* die Compensation der Unkosten des Processes mit Recht nach sich ziehe? in den Oberlausitz. Beyträgen zur Gelahrheit und deren Historie Th. II. S. 209 folg.

denselben niemals mit gutem Gewissen leisten können, folglich wegen seiner höchstwahrscheinlichen malae fidei in die Proceßkosten zu verurtheilen sey. (d) — Wir haben auch einige Proceßordnungen, welche unter dieser Voraussetzung die Compensation der Kosten ausdrücklich untersagen. (e)

Allein bey genauer Erwägung kann ich weder dieser, noch jener Meynung beypflichten. — Ist der zurückgeschobene Eid geschworen, so hat er unsern Gesetzen nach eben dieselbe Wirkung, welche der Ableistung eines zugeschobenen Eides beyzulegen ist; das, was beschworen worden, hat die Kraft eines rechtsbeständigen Urtheils. Der Grund dieser Wirkung liegt

(d) Berger oeconomia iuris a. a. O. Ebendesselben supplementa ad Electa disceptationum forensium I. 36. n. 4 und 5. Huber praelectiones in Institutiones ad Lib. IV. Tit. 16. n. 3.

(e) Erläuterung und Verbesserung der Churſächs. Proceßordn. Tit. XXXVI. §. 5. Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1776. I. 40 8. Sachsen-Altenburg. Proceßordn. I. 40. 3. Hildesheim. Proceßordn. XXXIII. 2. Hierher gehören auch die §. 36. not. k. angeführten Proceßordnungen.

liegt offenbar in der Natur der Vergleiche, zu denen auch der zurückgeschobene Eid zu rechnen ist. (f) Daher finden nothwendig diejenigen Bestimmungen, welche ich im vorhergehenden Paragraphen in Absicht des geleisteten deferirten Eides gegeben habe, hier ihre richtige Anwendung. (g) Da überdieß die Gesetze demjenigen, welchem ein Eid zugeschoben wird, die Verbindlichkeit auflegen, denselben entweder zu leisten, oder dem Gegner zurückzuschieben, (h) so sehe ich nicht ein, wie man im All-

(f) L. 25. D. de iureiurando. (XII. 2.) "Sed „si seruus meus delato vel *relato* ei iureiurando „iurauit, rem domini esse, vel ei dari oportere, „puto dandam mihi actionem vel exceptionem „pacti, *propter religionem* et *conuentionem*."

(g) Martini a. a. O. n. 91. Carpzov iurisprud. forens. P. I. Constit. 31. def. 31. Carpzov processs. Tit. XXIV. art. 1. n. 5. ff. Lauterbach de iuramento relato th. 109. n. 4. Voet Comment. in Dig. XII. 2. 8. Mevius P. VI. decis. 39. n. 5.

(h) L. 35. D. de iureiur. §. 7. sagt Ulpian: "Datur autem et alia facultas reo, si malit, „*referat iusiurandum*; et, si is, qui petet, con„ditione iurisiurandi non vtetur, iudicium praetor ei non dabit; *aequissime quum hoc facit*, „quum non debet displicere conditio iurisiurandi „ei, qui detulit." L. 38. D. eod. "Manifestae „tur-

Allgemeinen annehmen könne, daß der Referent nie fähig sey, über die Wahrheit der in Frage stehenden Thatsache nach völliger Ueberzeugung einen Eid abzulegen. Kann man es iemanden als Vergehen anrechnen, wenn er sich eines Rechtes bedient, das ihm die Gesetze seines Landes zugestehen? Halten es diese sogar für bescheidener, den zugeschobenen Eid zurückzuschieben, als denselben abzuschwören, (i) so ist noch vielweniger abzusehen, wie man im Allgemeinen die malam fidem des Referenten supponiren und aus dieser Ursache denselben in alle Kosten verurtheilen könne. Gesetzt auch, daß mehrmals der Fall einträte, wo der streitende Theil blos deswegen den Eid zurückschöbe, weil er ihn selbst nicht abzuleisten vermöge, so darf man doch wohl von diesen mehrmaligen Erfahrungen nicht auf alle Fälle schließen; wenigstens bey beyden streitenden Theilen so lan-

„turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare, „nec iusiurandum deferre."

(i) L. 25. D. de constit. pecun. (XIII. 5.) "— Nemo dubitat, modestius facere, qui refe„rat, quam vt ipse iuret."

lange bonam fidem vorausſetzen, bis das Gegentheil klar erwieſen iſt. Selbſt unſere Geſetze ſtellen es nicht in Abrede, daß ſtreitende Theile manchmal nicht etwa wegen ihrer malae fidei, ſondern blos aus überſpannten Religionsideen lieber alles verlieren, ehe ſie ſich zu Leiſtung eines Eidſchwures bewegen laſſen. (k) Und hierinn liegt wahrſcheinlich die Urſache, warum die Römer die Zurückſchiebung des Eides erlaubt und als Gewiſſenhaftigkeit angeſehen haben. (l) Sollte man auch annehmen können, daß ein ſolches religiöſes Betragen in unſern Zeiten ſeltener ſey; ſo iſt daſſelbe doch noch nicht beyſpiellos. Denjenigen nun, welcher aus Andacht ſolch einen Eid, den er abſchwören konnte, ſeinem Gegner zurückſchiebt, zu einem Opfer ſeiner Religionsbegriffe, zur Erſtattung der Proceßkoſten, zu verurtheilen, iſt

(k) **Ulpian** ſagt in L. 8. D. de condit. inſtit. (XXVIII.) "Faciles nonnulli ſunt hominum „ad iurandum contemtu religionis, alii *perquam* „*timidi metu diuini numinis vsque ad ſuperſti-* „*tionem.*"

(l) Lauterbach de iurisiurandi relat. §. 6. Claproths Einleitung in den ordentl. Proceß Th. II. §. 327.

ist fürwahr höchst ungerecht und unbillig. Ein Opfer dieser Art kennen weder unsre natürlichen, noch positiven Gesetze; im Gegentheil fehlt es uns nicht an Proceßordnungen deutscher Provinzen, welche in dem Fall, wenn der Hauptgrund der Klage oder der hauptsächlichsten Einreden durch die Leistung eines zurückgeschobenen Eides entschieden worden ist, die Compensation der Proceßkosten erkennen. (m)

§. 38.

Fälle, wo die Ableistung eines willkührlichen Eides die Kostenvergleichung nicht wirken kann.

Indessen giebt es Ausnahmen von dieser Regel. Hierher gehört 1) der Fall, wenn nach abgeleistetem Eide Betrug oder Chicane eines der streitenden Theile erwiesen wird. Es ist zwar der zugeschobene Eid, eben sowohl als der zurückgeschobene, sobald er geschworen ist, als eine Art des Vergleichs zu betrachten, und kann aus der Ursache, weil dieser die Wirkung eines rechtsbeständigen Urtheils hat, der Re-

(m) Sachsen-Goth. Proceßordn. von 1704. P. I. Cap. 22. §. 3. Schwarzburg. Proceßordn. III. 5. 2.

Regel nach nie entkräftet werden. Allein sobald sich zeigen läßt, daß irgend ein Betrug Hauptbewegungsgrund zu Schließung des Vergleichs gewesen sey; daß zum Beyspiel derselbe nie zu Stande gekommen seyn würde, wenn nicht wichtige Instrumente betrüglicher Weise vom Gegner unterdrückt worden wären, (a) so ist das ganze Geschäfte als ungültig anzusehen. Paulus sagt ausdrücklich: "Sin autem „eminens calumnia detegitur et transactio im„perfecta est et repetitio dabitur." (b) Dieß nun auf unsern Vorwurf angewendet, so kann der nunmehrige Sieger in allen Fällen, wo der Eid seine rechtliche Kraft verliert, die Proceßkosten, welche er auf solch ein ungültiges Geschäfte verwendet hat, vom Sachfälligen zurückfordern; denn dieser verdient wegen seiner malae fidei durchaus keine Nachsicht. Eben dieses gilt 2) auch in dem Fall, wenn der Meineid erwiesen ist. Billig muß gegen denselben ohne Unterschied alles in den vorigen Stand

(a) L. 19. C. de transact. (II. 4.)

(b) L. 5. §. 1. D. de condict. indeb. (XII. 6.)

Stand gesetzt werden. (c) Man könnte wohl einwenden, daß nach römischem Rechte der Deferent nichts wieder bekomme, wenn der deferirte Eid abgeschworen, der begangene Meineid aber wirklich erwiesen worden; (d) und daß sogar nach manchen Landesgesetzen der Beweis des Meineids nicht einmal gehört werde. (e) Allein deutsches Provinzialrecht kann hier blos als Ausnahme betrachtet werden; und was das römische Recht betrifft, so darf auch nicht einmal nach diesem der Meineidige

das,

(c) Faber in Codic. Lib. IV. Tit. 1. def. 2. Mevius P. II. decis. 39. Leyser medit. in Pandect. Spec. CXLV. Med. 1. Seyfarths deutscher Reichsproceß Cap. XV. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß Th. II. §. 343.

(d) L. 21. D. de dolo malo. (IV. 3.) L. 31. D. de iureiur. L. 15. D. de exception. (XLIV. 1.) L. 1. C. de R. C.

(e) S. Churbraunschw. Oberappellationsgerichtsordn. II. 8. 3. 14. Bremische Statuten Art. XXX. Vmmius ad proc. disp. XIV. n. 71. Brust ad L. 5. §. 1. D. de iureiur. n. 124. sqq. Setser de iurament. IV. 7. 33. Anton Faber in Cod. Lib. II. Tit. 21. def. 2. Carpzov P. I. Const. 15. def. 3. Pufendorf introd. in process. ciuil. Br. Lun. P. III. Cap. 5. §. 25.

das, was er sich fälschlich zugeschworen hat, behalten, sondern der Fiscus zieht solches rechtmäßig ein, (t) und als Gnadensache kann der leidende Theil alsdann das Seinige suchen. — Indessen ist in dergleichen Fällen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand um so billiger, als der 107. Artikel der peinlichen Halsgerichtsordnung verordnet, daß derjenige, welcher falsch geschworen hat, zuvörderst schuldig seyn soll, solch fälschlich abgeschworen Gut wiederzukehren, folglich auch die durch seine Bosheit dem Gegner verursachten Kosten zu erstatten. Mehrere Rechtsgelehrten haben zwar die Worte der L. 3. C. de fructibus et litium expensis: "Terminato transactoque negotio posthac nulli actio neque ex rescripto „super sumtuum petitione praestetur. — Post „absolutum enim dimissumque iudicium ne„fas est, litem alteram consurgere ex litis pri„mae materia." dieser Meynung entgegengesetzt. Wenn man aber die Sache genau erwägt, so läßt sich zuverlässiger behaupten, daß angezogenes Gesetz den besondern Fall, wo do-

(f) L. 9. D. de iure fisci (XLIX. 14.)

dolus oder calumnia des Siegers nachher entdeckt wird, völlig ausschließe, und in dieser Rücksicht die allgemeinen Verordnungen über die Erstattung der Proceßkosten ihre Anwendung finden. (g) Dieß bestätigen auch mehrere Landesgesetze einzelner Provinzen Deutschlands. Namentlich enthält die allgemeine Gerichtsordnung der böhmischen und österreichischen deutschen Erblande die ausdrückliche Vorschrift: "Wird nun der Beschuldigte eines fal„schen Eides überwiesen, oder geständig, soll „er alles, was er durch seinen Eid behauptet „hat, sammt Schäden und **Unkosten** wieder „gut machen." (h) — Wenn 3) weder die ganze Sache, noch die hauptsächlichsten Einreden, sondern nur ein und der andere Nebenpunct durch den Eid entschieden worden, so können die Kosten nicht compensirt werden.

Hier-

(g) Leyser Spec. LXXXVIII. Medit. 10. Claproth a. a. O.

(h) Cap. XXII. §. 235. S. Josephs des zweyten, Römischen Kaisers, Gesetze und Verfassungen im Justizfache; in den vier ersten Jahren seiner Regierung. Prag und Wien 1786. Seite 44.

Hierher gehört der Fall, wenn der Eid nicht über die Forderung selbst, sondern nur über deren Betrag geschworen ist, weil iene eingestanden, oder sonst völlig erwiesen war. (i) Uebrigens versteht es sich schon von selbst, daß 4) sowol derienige, welcher den zugeschobenen Eid weder zurückschiebt, noch schwört, als auch der Deferent, welcher den zurückgeschobenen Eid zu leisten nicht vermag, mit der Verurtheilung in die Kosten, und auch wohl einer andern willkührlichen Strafe zu belegen sey. Denn ein deutlicheres Merkmal der malae fidei läßt sich wohl nicht denken. (k)

§. 39.

(i) Berger oecon. iur. a. a. O. Huber praelection. iur. ciu. ad L. IV. Instit. Tit. 16. n. 3. Claproth a. a. O. §. 343. Sachsen-Gothaische Proceßordn. v. 1776. I. 40. 3. Sachsen-Altenburg. Proceßordn. I. 40. 3. Hildesheim. Hofgerichtsordn. XXXIII. 2.

(k) *L.* 12. *C.* §. 1. *de rebus creditis.* (IV. 1.) Hommel de poena iurare nolentis. Claproth a. a. O. §. 344. Erläuterung der Churſächs. Proceßordn. XXXVI. 5. Sachsen-Altenburg. Proceßordn. I. 40. 3. Hildesheim. Hofgerichtsordn. XXXIII. 2.

§. 39.

b) *Iuramentum neceſſarium*; α) *ſuppletorium.*

Alles das, was ich von der Wirkung des iuramenti voluntarii geſagt habe, findet auch in dem Falle ſeine Anwendung, wenn die Sache durch die Leiſtung eines nothwendigen Eides entſchieden worden iſt. Nach unſern Geſetzen kann der Erfüllungs- und Reinigungseid blos in zweifelhaften Fällen ſtatt haben. In L. 31. D. de iureiurando heißt es: Solent enim ſaepe iudices in dubiis cauſſis exacto iureiurando ſecundum eum iudicare, qui iurauerit. Wider den klaren Inhalt eines Inſtrumentes oder Geſtändniſſes, kann eben ſo wenig, als wider den Beweis, der ſchon völlig beygebracht iſt, dieſer oder iener Eid abgeleiſtet werden. Da nun bey zweifelhaften dunklen Thatumſtänden die Proceßkoſten, wie ich bereits gezeigt habe, zu compenſiren ſind, ſo iſt dieß der Regel nach auch auf den Fall zu ziehen, wenn die zweifelhafte Sache durch einen Erfüllungseid hat entſchieden werden müſſen. (a) Der

Herr

(a) HARPPRECHT de expenſis victoriae praeſtito iureiurando adiudicandis vel compenſandis, probl.

Herr Professor **Weber** glaubt indessen, daß nach gemeinen Rechten und deren Analogie sich diese Meynung nicht vertheidigen lasse. "So „viel, sagt er, ist gewiß, wenn doch einmal „dergleichen Eid erkannt und geleistet ist, daß „es alsdann offenbar widersprechend sey, wenn „auf der einen Seite das Beschworne, als „völlig wahr und ausgemacht angenommen, „folglich die bisherige Behauptung des sachfäl„ligen Theils als ungegründet verworfen und „die Hauptsache hiernach entschieden wird; „gleichwol aber auf der andern Seite der ver„lierende Theil in Ansehung der Proceßkosten „mit

probl. 3. MARTINI Commentar. forens. Tit. 36. §. 1. n. 89. BRUNNEMANN proc. ciuil. Cap. XXVII. n. 78. CARPZOV proc. Tit. XXIV. art. 1. n. 45. et sqq. MEVIUS P. VI. decis. 39. HUBER praelectiones in L. IV. J. Tit. 16. n. 3. PUFENDORF Introd. in proceſſ. ciuil. Part. III. Cap. V. §. 26. LAUTERBACH de expensis victor. th. 45. CARPZOV P. I. Cap. 31. def. 26. sqq. ANTON FABER error. pragmat. XIX. 7. PESTEL de expensis victor. §. XI. n. 2. TEMMEN Cap. IX. 4. 6. **Hoffmanns** deutsche Reichspraxis §. 797. **Walchs** Wissenschaft, aus Acten einen Vortrag zu thun §. 81. **Oelze** Anleitung zur Praxis §. 287. **Claproths** ordentl. Proceß §. 203. **Thomas** Entwurf der Fuldischen Gerichtsverfassung a. a. O.

„mit den Folgen des erwiesenen Unrechts ver-
„schont wird. (b) In der That sollte etwas
„mehr Rücksicht darauf genommen werden,
„daß gerade in den Fällen, wo der obsiegende
„Theil nicht sogleich einen vollständigen Beweis
„durch Zeugen oder Urkunden zur Hand hat,
„die Compensation der Proceßkosten ganz vor-
„züglich der Chicane und Streitsucht zur Nah-
„rung gereiche; und daß der verlierende Theil
„bey einer durch den Eid entschiedenen Sache
„die gewöhnliche Nachsicht noch weniger verdie-
„ne, da er durch sein bisheriges Leugnen dem
„Gegner die Sache erschweret und ihn zu einem
„Eide genöthiget hat, dessen er sonst hätte
„überhoben seyn können. Man hat zwar in
„den Fällen, wo der Richter auf den Entschei-
„dungs-

(b) Eben dieses Raisonnement findet man in Zoll diss. de litis expensar. refusione S. 32.: "Respondemus male hunc textum (L. 30. D. de „iureiur.) adplicari ad impensarum restitutionem, „qui de actione dupli tantum agit, diuersa enim „est consequendi lucrum et repetendi damnum; „eadem quoque ratio obtinet in iuramento neces-„sario, licet fere omnes dissentiant, nam in iure „aequi valet, vtrum quis probauerit per iurisiu-„randi delationem, an alio quocumque modo, „illa enim probationis vicem obtinet et vera pro-„bationis species est."

„dungseid erkennet, den verlierenden Theil „entschuldigen wollen, weil die Sache an sich „doch zweifelhaft, und er daher nicht verbun„den gewesen sey, dem unvollständigen Beweise „des Gegners sogleich nachzugeben. Allein „ich habe gegen dieses alles nur das einzige zu „erinnern, daß durch die Unvollständigkeit des „Beweises, der am Ende durch den Erfül„lungseid ergänzt wird, an sich nicht folge, „daß der andre bona fide gestritten, seine bis„herige Behauptung wirklich für wahr gehal„ten und wenigstens einen schuldlosen Irrthum „vor sich habe, mithin wegen des gerichtlichen „Streits und der dadurch veranlaßten Kosten „zu entschuldigen sey. Sondern die Beschaffen„heit der Sache selbst, wie sie nun, da sie „erwiesen ist, sich ergiebt, muß die Gründe „an die Hand geben, um zu bestimmen, ob „die Proceßführung dem verlierenden Theile „zu gute gehalten werden kann oder nicht. Die „Compensation ist dann nur billig, wenn der „verlierende Theil eine fremde Handlung be„stritten hat." Leyser (c) vertheidigt eben die:

(c) *Spec. LXXXVIII. med.* 5.

diese Meynung, und nimmt an, daß die Verurtheilung in die Proceßkosten nicht aus der Eidesleistung, sondern aus dem vorhergehenden Beweise herzuleiten sey. Denn, sagt er, wenn der Richter die vorgebrachten Beweise so wichtig findet, daß er fast von deren Richtigkeit überzeugt wird, iedoch um allen Zweifel wegzuräumen, den Erfüllungseid erkennt, und auf solche Art die Gerechtigkeit der Sache und die frevelhafte Streitsucht des Ueberwundenen ins Licht gestellt wird, warum sollte der Richter den Sachfälligen, gegen den er das größere Uebel, den Verlust des Streits erkennt, nicht auch in das geringere Uebel, in die Erstattung der Proceßkosten verurtheilen? (d)

Aber wie wenig stimmen diese Grundsätze mit der Natur der Sache überein. Ist es einmal gewiß, daß der Richter nur in zweifelhaften Fällen auf den Erfüllungseid erkennen darf,

so

(d) Gleicher Meynung sind noch folgende: Berger in Elect. Disceptat. forens. p. 1017. Mevius Part. VI. Decis. 39. Reinharth de error. pragmaticorum in compensatione expensarum §. 27. Seyfarth de compensatione expens. Cap. II. §. 4. et 5. Anmerkungen über den Codic. iur. Bauar. iudic. Cap. XVII. §. 4. n. 3.

so läßt sich ohnmöglich annehmen, daß der Sachfällige, der Regel nach, seinen Gegner durch vorsätzliches Leugnen zu Leistung desselben gezwungen habe. Die Sache verhält sich vielmehr gerade umgekehrt. Der obsiegende Theil mußte die zweifelhafte Sache, welche er iezt durch die Eidesleistung in juristische Wahrheit setzt, ohnedieß rechtlich erweisen; der verlierende Theil hingegen war befugt, diesen Beweis zu erwarten, und dem gegenseitigen Gesuche sich nicht eher zu fügen, bis er von dessen Rechtmäßigkeit überzeugt worden. Wenn ihm daher mit Grund nicht vorzuwerfen ist, daß er wissentlich die Wahrheit geleugnet oder zu verdunkeln gesucht habe; so kann er wegen der Vermuthung einer gerechten Proceßführung, die er bey zweifelhaften Thatsachen als verlierender Theil für sich hat, mit Recht auf die Compensation der Proceßkosten einen Anspruch machen. Denn es kommt hier nicht sowol darauf an, ob bona fides des Unterliegenden erwiesen ist, als vielmehr, ob dessen mala fides durch Gründe sich darthun läßt. Alles übrige, was der Herr Professor Weber

für

für seine Meynung anführt, beruht auf Grundsätzen, die im Vorhergehenden schon hinlänglich widerlegt sind. Einige Rechtsgelehrten, welche im gegenwärtigen Falle die Compensation der Proceßkosten billigen, führen zum Grunde an: quod tum feratur sententia ex probatione priuilegiata et reus vexetur in vno circa condemnationem principalis cauſſae, adeoque in alio sit releuandus; (e) allein dieß möchte wohl ein schlechter und unbefriedigender Beweggungsgrund seyn. Wir haben übrigens genug Proceßordnungen deutscher Provinzen, die wegen des geleisteten Erfüllungseides die Compensation der Proceßkosten erkennen; (f) ob es gleich nicht zu leugnen ist, daß auch nach etli-

(e) CARPZOV iurisprudentia forens. P. I. Const. 31. Def. 27. MEVIUS P. VI. decis. 39. MARTINI a. a. O.

(f) Erläuterung und Verbesserung der Churſächs. Proceßordn. XXXVI. 5. Corpus iuris Frideric. a. a. O. §. 3. n. 4. Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1704. I. 22. 2. Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1776. XL. 3. Sachsen-Altenburg. Proceßordn. I. 40 3. Schwarzburg. Proceßordn. III. 5. 2. Im Gräflich Tecklenburgischen ist im gegenwärtigen Falle der Kostenpunct dem richterlichen Erkenntnisse überlassen.

etlichen speciellen Landesgesetzen demselben diese Wirkung völlig abgesprochen werde. (g)

§. 40.

bb) *Iuramentum purgatorium.*

Ist der Rechtsstreit durch die Leistung eines **Reinigungseides** entschieden worden, so ist zufolge der Hauptgründe, welche ich im vorhergehenden Paragraphen vorgetragen habe, gar nicht daran zu zweifeln, daß, der Regel nach, die Compensation der Proceßkosten statt finde. (a) Der Herr Professor **Weber** macht indessen gegen diese Behauptung folgende Einwürfe: "Insbesondre glaubt man bey dem „Reinigungseide in eben dem rechtlichen Ver„dachte, den der obsiegende Theil dadurch erst „abgelehnt hat, auch einen gewissen Entschul„digungsgrund für die sachfällige Partey in „Ansehung der Proceßkosten anzutreffen. Al„lein aus dem Verdachte, welcher durch den „Reinigungseid abgelehnet werden mußte, folgt „an

(g) Cod. iur. Bauar. a. a. O. Gerichtsordn. der Reichsst. Bremen II. 34. 2.

(a) Eben dieses behaupten alle in der ersten Note des vorstehenden Paragraphen angeführten Schriftsteller.

„an sich nicht, daß der andre bona fide gestrit-
„ten habe. Bey dem Reinigungseid tritt das be-
„sondere Verhältniß ein, daß nach dessen Ab-
„leistung derjenige sachfällig wird, dem eigent-
„lich die Verbindlichkeit des Beweises oblag;
„und es ist schon oben angezeigt worden, daß
„der Mangel des rechtlichen Beweises dem,
„der ihn zu führen verbunden ist, allemal die
„Erstattung der Proceßkosten zur Pflicht ma-
„che. Die Gründe des Verdachtes, welche er
„wider den Gegner aufgestellt hat, machen kei-
„nen völligen Beweis aus, und da nunmehr
„durch den Reinigungseid der Verdacht entfer-
„net, und die Behauptung als ungegründet
„dargestellt ist: so verlangt auch der obsiegende
„Theil, wenn er nur nicht selbst durch seine
„Schuld zu dem Verdachte Anlaß gegeben hat,
„die Vergütung der Kosten mit Recht. Man
„findet dieß zwar hart und unbillig, weil doch
„der andre Theil so viele Gründe vor sich ge-
„habt hat, die den Richter zur Erkennung des
„Reinigungseides bewogen haben. Allein an-
„genommen auch, daß nichts unlauteres unter
„solchen vermeynten Gründen und deren Vor-

„trage verborgen sey, und daß dem streitenden „Theile keine eigentliche Chicane, wodurch er eine „ungerechte Sache zur Erkennung des Reini„gungseides getrieben hat, vorzuwerfen sey; „so ist und bleibt doch derienige, welcher durch „diesen Eid den Proceß verloren hat, von „dem Vorwurfe nicht frey, daß er Dinge, die „er beweisen sollte, iedoch nicht gehörig bewei„sen konnte, vor Gericht durchzusetzen gesucht „hat. Nach bloßen Wahrscheinlichkeitsgrün„den darf niemand Handlungen unternehmen, „welche andern schädlich werden können, ohne „auch die Verbindlichkeit der Schadensersez„zung im widrigen Fall zu übernehmen. Und „soll dieses dennoch zu hart seyn, ob es gleich „auf unleugbaren Grundsätzen des Rechts be„ruht: so wird man doch wenigstens auch beym „Reinigungseide die Vergütung und Compen„sation der Kosten darnach bestimmen, ie nach„dem des Sachfälligen eigne Handlung oder „fremde Thatsachen den Gegenstand des Ei„des ausgemacht haben."

Sehen wir auf die Natur des Reinigungseides, so ist es eine unbezweifelte Wahrheit,

daß

daß nur derienige zu Leistung desselben zugelassen werden könne, gegen den ein nicht unbedeutender Verdacht vorhanden ist, von dessen Grund iedoch kein halber Beweis hat geführt werden können. (b) Es sind also gute Gründe vorhanden; blos der gehörige Beweis von der Wirklichkeit des Verdachtes fehlt. Da nun dieser allein durch einen Reinigungseid weggeschafft werden kann; so ergiebt sich von selbst, daß die Sache vor Ableistung desselben dunkel und zweifelhaft gewesen, und daß aus dieser Ursache die Kosten billig compensirt werden. (c) — Denn da die Anzeigen des Verdach-

(b) Pufendorf introd. in proceſſ. criminal. Cap. XIX. §. 5.

(c) Just. Henn. Böhmer de expenſis criminalibus Cap. III. §. 9.: Poteſt enim contingere, vt, qui grauatus ſit ad purgatorium, non tamen culpa ſua, ſed mero infortuito, adeo, vt mox praeſtito purgatorio innocentia eius manifeſtiſſime aliunde adpareat, ſimulque liqueat, eum culpa ſua inquiſitioni cauſſam non dediſſe. Hoc caſu ceſſat omne fundamentum refundendarum expenſarum; et ſic reus pure abſoluendus eſt, de quo iudex ex circumſtantiis arbitratur. Philipp. Jacob. Heisler. diſſert. de expenſis criminalibus Halae 1769.

dachtes so wichtig gewesen sind, daß sich der Gegner davon eidlich reinigen mußte; so kann man in so fern den Kläger eines Mißbrauchs der richterlichen Hülfe nicht beschuldigen. Eben so verhält es sich aber auch mit dem Beklagten. Durch Leistung des Reinigungseides hat er gezeigt, daß iener Verdacht, ohngeachtet seiner großen Wahrscheinlichkeit, dennoch ungegründet gewesen sey. Man kann also auf keiner Seite ein temerarium litigium beweisen, und wo dieses fehlt, da kann auch keine Verurtheilung in die Proceßkosten statt haben. Den Sachfälligen wegen des Vorwurfs daß er Dinge, die er beweisen sollte, iedoch nicht völlig beweisen konnte, vor Gericht durchzusetzen gesucht habe, in die Kosten des ganzen Processes zu verurtheilen, ist ein Grundsatz, dessen Unrichtigkeit ich bereits gezeigt habe. — Es ist genug Entschuldigung für ihn, daß er ohne richterliche Hülfe den Ungrund seines höchstwahrscheinlichen Argwohns nicht entdecken konnte. — Was specielle Landesgesetze betrift, so erkennen die mehresten Proceßordnungen deutscher Provinzen in vorliegendem Fall die Kostenvergü-

tung. (d) In denjenigen Provinzen aber, wo der Richter in Absicht des Kostenpuncts auf geleistete Eidschwüre keine Rücksicht nehmen darf, (e) sind die allgemeinen Grundsätze von der Kostenerstattung anzuwenden.

§. 41.

Fälle, wo die Ableistung eines nothwendigen Eides die Kostenvergütung nicht wirken kann.

Nun giebt es aber auch wieder Fälle, wo die Ableistung eines nothwendigen Eides die Compensation der Proceßkosten nicht wirken kann. Dahin rechnet man 1) den Fall, wenn der dolus dessen, welcher den andern zum Erfüllungs- oder Reinigungseid genöthigt hat, erwiesen ist. Wenn zum Beyspiel iemand eine angeblich geschehene Zahlung, einen Contract, den er selbst getroffen hat, oder eine ähnliche Hand-

(d) Erläuterung und Verbesserung der Churſächs. Proceßordnung XXXVI. 5. Corp. iur. Frider. a. a. O. §. 3. n. 4. Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1776. I. 40. 3. Sachsen-Altenburg. Proceßordn. III. 5. 2.

(e) Hierher gehören außer denen §. 36. not. k. angeführten Proceßordnungen noch folgende: Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1704. I. 22. 2. Schwarzburg. Proceßordn. III. 5. 2.

Handlung leugnet, in der Folge aber der Erfüllungseid gegen ihn geleistet wird; (a) so kann diese Unwissenheit eigner Handlungen dem Sachfälligen durchaus nicht zur Entschuldigung dienen; denn man sieht deutlich, daß er durch sein frevelhaftes Leugnen, dem Gegner die Beweisführung blos zu erschweren gesucht habe. (b) Eben so verhält es sich, wenn iemand durch anscheinende Gründe einen Verdacht wider seinen Gegner so wahrscheinlich gemacht hat, daß der Richter den Reinigungseid erkennt, und nach Leistung desselben findet sich, daß die ganze

(a) Hülse de expensis victoriae thes. 17. "Minime vero in facto vtrinque proprio, quia ibidem reus, ob scientiam facti proprii consistit in temeritate litigii." Lanfrancus de Oriano in Cap. XI. X. de probat. S. Temmen de lit. exp. Cap. IX. Sect. 4. n. 5. und 11. Weber §. 12. not. 18.

(b) Harpprecht de expensis probl. 5. Mevius P. VI. decis. 39. n. 2. und 6. "At quamuis haec ratio obtinet, vbi dubia plane est caussa, tamen eo porrigi non debet, vbi adparet ius alterius, vtut probatio defecit, ideo ad iusiurandum suppletorium deuenire opus fuit. Qui ideo temeritatis suae conscius est, ob defectum probationum alterum vexare non debet, nec ab expensarum condemnatione liberandus est." Schoepff de processu summi adpellat. tribun. Ducat. Würtemb. XVIII. 1.

ge Klage aus Chicane erregt worden. Sobald ein dolus erwiesen ist, erhellet, daß die Sache eigentlich gar nicht dunkel oder verwickelt gewesen sey, sondern daß der Sachfällige mala fide gestritten habe. Und wo diese offenbar vor Augen liegt, da hebt sie natürlich iene beym Eidschwur voraus gesetzte bonam fidem auf. — Aus dieser Ursache leidet es 2) in Rücksicht des nothwendigen Eides gar keinen Zweifel, daß er durch den Beweis eines Meineides über den Haufen gestoßen werden könne. (c) Beym Reinigungseide findet 3) noch eine besondere Ausnahme von unsrer Regel statt. Hat nämlich derienige, welcher denselben schwören muß, durch sein eignes grobes Versehen gegründeten Anlaß zu dem Verdachte gegen sich erregt, so ist es billig, daß man ihn zur Erstattung der Kosten verurtheile; denn blos durch seine eigne Schuld ist der Proceß entstanden. (d) Daß 4) derienige, welcher sich weigert,

(c) Claproths Anleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß §. 343.

(d) Brunnemann ad L. 79. D. de iudic. n. 13. Brunnemann processs. inquisitor. Cap. IX. n. 6.

gert, den ihm aufgelegten nothwendigen Eid zu leisten, in sämmtliche Kosten zu verurtheilen sey, fließt schon aus der Natur der Sache. (e)

§. 42.

II) Vom Grunde der Kostenerstattung oder deren Vergleichung, welcher in Rechtsgrundsätzen liegt. — 1) Unwissenheit und Irrthum in Rücksicht a) deutlicher Natur- und Staatsgesetze.

Ich komme nun zur zweyten Hauptfrage: **In wiefern kann derjenige, welcher wegen eines Irrthums oder Unwissenheit in den Rechten vor Gericht untergelegen hat, in die Kostenerstattung verurtheilt werden?** Hier hat man zu unterscheiden: Ob jemand wegen eines wirklichen Irrthums oder einer Unwissenheit in den Rechten; oder wegen zweifelhafter Erklärung der Gesetze, worauf die Entscheidung seines Rechtsstreits beruhte, sach-

HARPPRECHT Consil. XXV. n. 76. und 147. LEYSER spec. LXXXVIII. n. 6. PUFENDORF introd. in proc. ciuil. III. 12. 13. und in proc. crim. XIX. 9. Das Gegentheil behauptet CARPZOV in proc. crim. Quaest. CXVI. n. 77.

(e) Erläuterung der Churſächſ. Proceßordn. XXXVI. 5. Corp. iur. Frid. a. a. O. §. 3. n. 4. Hildesheim. Hofgerichtsordn. XXXIII. 3.

sachfällig geworden ist. Was ersteren Fall betrift, so enthalten unsre Gesetze die deutliche Bestimmung: Ignorantia iuris nocet. Es kann sich daher niemals der verlierende Theil mit der Unwissenheit des natürlichen oder deutlichen positiven Rechts entschuldigen, niemals wegen der unrichtigen Anwendung eines klaren Gesetzes auf Verzeihung seines Irrthums Rechnung machen. Denn natürliche und positive Rechte muß ieder wissen; iene hat ihm die Natur eingepflanzt, und diese sind ihm publicirt worden. Hier entschuldigen nicht einmal persönliche Verhältnisse, welche in andern Fällen Ausnahmen von der Regel machen. Denn wenn iemand den Rechten seines Landes unwissend ist; so fehlt es ihm nicht an Gelegenheit, Rechtsverständige zu befragen, ob seine Sache so beschaffen sey, daß sie vor Gericht durchgesetzt werden könne. Thut er dieß aber nicht, so handelt er gegen die ihm obliegende Verbindlichkeit, keinen Rechtsstreit gerichtlich zu verfolgen, dem die im Staate geltenden Rechte gerade zu widersprechen; er macht sich folglich einer groben Nachlässigkeit

schul-

schuldig und ist als temerarius litigator alle Kosten, die sein ungerechter Rechtsstreit verursacht hat, dem Gegner zu erstatten schuldig. (a)

§. 43.

b) In Rücksicht allgemein bekannter oder zweifelhafter Gewohnheitsrechte.

Ist aber von Irrthum oder Unwissenheit in Ansehung eines bloßen Gewohnheitsrechtes die Rede; so hat man darauf Rücksicht zu nehmen, ob dasselbe so allgemein bekannt und gewiß ist, daß dessen Existenz gar niemand leugnen kann, oder ob die Möglichkeit vom Beweise desselben sehr vielen Zweifeln unterworfen ist? Im erstern Fall ist dem Sachfälligen Unwissenheit und Irrthum immer schädlich, denn er macht sich eben sowol, als derjenige, welcher natürliche und positive Rechte ignorirt, einer groben Nachlässigkeit schuldig und kann der damit verknüpften Strafe auf kei-

(a) Temmen de lit. exp. Cap. VIII. Sect. 4. n. 2. sqq. und Cap. IX. Sect. 3. n. 24. Weber §. 7. Allgemeine Gerichtsordn. für die böhm. österr. deutsch. Erblande §. 398. Wirtzburg. Landgerichtsordn. XVIII. 10. Brem = und Vehrd. Hofgerichtsordn. III. 9. 2.

keine Weise entgehen. (a) — Im letztern Falle hat man hingegen zu unterscheiden, ob iemand ein zweifelhaftes Gewohnheitsrecht für sich angeführt und wirklich erwiesen hat, oder ob dasselbe gegen ihn angeführt, aber nicht erwiesen worden ist. — Denn wer sich auf eine streitige Gewohnheit beruft, muß dieselbe, er mag nun Kläger oder Beklagter seyn, auf das bündigste und eine sich ganz auszeichnende Art beweisen. Sonst kann man zum Beyspiel den Beweis einer Handlung, welcher durch Einen unverwerflichen Zeugen bereits halb geführt ist, durch die Leistung des Erfüllungseides supplieren; aber dieß wird bey streitigen Gewohnheiten nicht gestattet; nicht einmal die Aussagen zweyer Zeugen machen einen vollen Beweis aus, weil vom Gewohnheitsrechte eines ganzen Volks die Rede ist, welches die Mitglieder des-

(a) *L. 9. §. 2. D. de iuris et facti ignorantia.* "Facti interpretatio ita demum cuique non „nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur. „Quid enim, si omnes in ciuitate sciant, quod „ille solus ignorat. Et recte Labeo definit, sci„entiam neque curiosissimi, neque negligentissimi „hominis accipiendam, verum eius, qui eam rem „diligenter inquirendo notam habere possit."

desselben eben so gut, als geschriebene Rechte, verbinden soll. (b) Da ein solcher Beweis äußerst schwer zu führen ist, so muß ohnstreitig ein Jeder, welcher aus einem noch nicht ganz ausgemachten Gewohnheitsrechte klagen will, dafür sorgen, daß ihm die dazu erforderlichen Beweismittel nicht fehlen. Ist er damit nicht versehen, und sucht dennoch ein Recht vor Gericht durchzusetzen, von welchem er voraussehen kann, daß er solches zu beweisen nicht vermöge, so streitet er temere und ist, als verlierender Theil, in die Erstattung der seinem Gegner verursachten Kosten zu verurtheilen. — Anders aber verhält sich die Sache in Rücksicht desjenigen, gegen welchen ein zweifelhaftes Gewohnheitsrecht angeführt und im Fortgange des Rechtsstreits erwiesen worden ist. Denn in sofern dasselbe nicht allgemein bekannt, sondern aufs strengste zu beweisen ist, braucht der streitende Theil dem Gesuche seines Gegners nicht eher Folge zu leisten, bis die Existenz desjenigen Gebrauchs, den er bona fide ignorirt, in juristische Wahrheit gesetzt worden.

(b) Voet Comment. in Dig. l. 3. 31-35.

den. Und sobald dieß wirklich geschehen ist, müssen die Proceßkosten compensirt werden. (c)

§. 44.

2) Dunkle Gesetze — Streitige Rechtsfragen.

Es fragt sich weiter: Was ist in Ansehung der Kosten Rechtens, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits auf Erklärung dunkler Gesetze beruht, oder von einer streitigen Rechtsfrage abhängt? Da nicht zu leugnen ist, daß es theils mehrere dunkle Gesetze gebe, welche auf verschiedene Art und oft sehr schwer zu erklären sind; theils Rechtsfälle existiren, in deren Rücksicht unsere Gesetzbücher nichts gewisses zu bestimmen scheinen, so glaube ich, daß ein Jeder, dessen Rechtsstreit auf dergleichen zweifelhaften Rechtsgrundsätzen beruht, wenn er sachfällig werden sollte, billig zu entschuldigen und mit der Kostenerstattung zu verschonen sey. Wir finden zwar in unserm römischen Gesetzbuche keine einzige Stelle, welche dieses ausdrücklich sagte; allein es fehlt uns dennoch nicht an ge-

setz-

(c) Weber §. 7.

seßlichen Bestimmungen, aus welchen wir solches folgern können. So müssen zum Beyspiel ob rem dubiam; (a) und propter negotii varietatem (b) die Kosten compensirt werden. Was hindert uns, diese gesetzlichen Dispositionen eben sowol auf dunkle Gesetze, als verwickelte Thatsachen anzuwenden? Es liegt in eine und eben dieselbe Ursache, nämlich bona fides des verlierenden Theils, zum Grunde. Da überdieß Bosheit und grobe Fahrlässigkeit als die richtigen Fundamente der Verurtheilung in die Proceßkosten anzusehen sind; derjenige aber, welcher wegen Erklärung dunkler Gesetze oder streitiger Rechtsfragen vor Gericht untergelegen hat, weder dieses, noch jenes Vergehens zu beschuldigen ist; so ergiebt sich hieraus, daß er in die Kostenerstattung nicht verurtheilt werden dürfe. (c) — Diese Mey-

(a) L. 5. C. de fruct. et lit. exp.

(b) Nov. 82. Cap. 10. Auth. post iusiurandum C. de iudiciis.

(c) Arg. L. 79. D. de iudic. Arg. L. 78. §. 2. D. de legat. II. Brunnemann proc. civ. Cap. XXVIII. n. 78. Iureconsult. Tubingens. Vol. VIII. Consil. 63. n. 115. Gail I. obs. 152. n. 2.

Meynung bestätigen mehrere specielle Provinzialgesetze Deutschlands. (d) Die Dunkelheit eines Gesetzes hat zwar Grade; sie kann entweder so stark seyn, daß es der Richter nicht einmal wagt, eine Erklärung zu geben, oder von der Art, daß bloße Doctrinalerklärung zu Wegräumung derselben hinrei-

n. 2. Menoch de arbitr. iud. quaest. Cas. 177. n. 6. Harpprecht in Instit. Lib. IV. Tit. 16. n. 102. Voet a. a. O. Martini Comment. for. Tit. XXXVI. §. 2. n. 139. Anmerkungen über den Cod. iur. Bauar. a. a. O. Pufendorf introd. in proc. ciuil. IV. 19. 1. Bodinus de expens. victor. non praest. th. 9. Seyfarth de compensat. expens. Cap. III. §. 10. Reinharth de errorib. pragmat. in compens. expens. §. 31. Temmen de lit. exp. Cap. IX. Sect. 3. n. 51. sq. Lauterbach de expens. victor. th. 44. Zoll de litis expens. refus. §. XXIV. n. 3. Seyfarths deutscher Reichsproceß XXXIII. 3. n. 5. Thomas Entwurf der Fuldischen Gerichtsverfassung §. 75. Walchs Wissenschaft, aus den Acten einen Vortrag zu thun § 81. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß Th. II. §. 203.

(d) Churpfälz. Untergerichtsordn. XXI. 6. Summarischer Proceß der Fürstenthümer Ober- und Niederbayern XI. 8. Catzenelnbog. Gerichtsordn. VIII. 27. 1. Cellische Oberappellationsgerichtsordn. II. 13. 1. Wismar. Tribunalsordn. II. 39. 2.

reichend scheint; allein dieß macht im Ganzen genommen keine Aenderung in der Sache. — Im erstern Fall muß die gesetzgebende Gewalt selbst eine authentische Erklärung geben, (e) und da ist es eine unleugbare, selbst vom Herrn Professor **Weber** anerkannte Wahrheit, daß der streitende Theil, gegen welchen die gesetzliche Bestimmung ausfällt, zu entschuldigen und mit der Kostenerstattung zu verschonen sey. (f) Denn in dieser Hinsicht ist der Unterliegende in bona fide, da er nicht wissen konnte, ob die Erklärung des Gesetzgebers für, oder wider ihn ausfallen werde. Im letztern Fall entscheidet der Richter selbst den streitigen Rechtspunct. Aber auch hier muß Compensation der Kosten statt haben, denn es ist doch immer eine Dunkelheit des Gesetzes da; diese mag nun durch Gesetzgeber oder Richter gehoben werden, so ist der Sachfällige in iedem Betrachte vom Vorwurfe einer ungerechten Proceßführung frey; er war zu Anfang des Rechtsstreits so wenig

hier

(e) L. 9. C. de Legibus: "Si quid vero in „iisdem legibus fortasse obscurius fuerit, oportet „ab imperatoria interpretatione patefieri."

(f) Corp. Iur. Frider. a. a. O. §. 3. n. 3.

hier, als dort überzeugt, daß die Erklärung des in Frage stehenden Gesetzes seinen Vorstellungen nicht entsprechen werde. (g)

§. 45.

a) Meynung des Herrn Professor Webers. — Widerlegung derselben.

Anders denkt der Herr Professor **Weber**. Er behauptet, daß die Compensation der Proceßkosten in vorliegendem Falle nicht nur den **Vorschriften der Gesetze und deren Analogie** keinesweges gemäs sey, sondern überdieß auch die vermeynte Billigkeit hier sehr übel angebracht werde, weil sie in der Anwendung äußerst unsicher sey, am Ende nur dem Ungerechten zum Vorschub diene, und überhaupt die schädlichsten Folgen für das Ganze nach sich ziehe. Um das Unrichtige dieser Behauptung desto besser in helles Licht stellen zu können, will ich die Gründe, wodurch der Herr Professor dieselbe zu unterstützen sucht, einzeln vorlegen, und meine Gedanken darüber äußern.

"Die

(g) Temmen de lit. exp. IX. 3. 52. in fin.

„Die allgemeine Vorschrift, sagt er, wel„che in L. 5. C. de fruct. et lit. expensis ent„halten ist, entscheidet die Sache gar nicht. „Denn sie redet nicht ausdrücklich von streitigen „Rechtsmaterien und dunkeln Gesetzen, sondern „von einer re dubia überhaupt, und es ist da„her den Regeln der Auslegungskunst gemäs, „dergleichen unbestimmte Ausdrücke so zu er„klären, daß die Verordnung nicht mit den übri„gen Grundsätzen des Rechts in Widerspruch „gerathe. (a) **Donell** hat schon angemerkt, „daß die gedachten Worte eigentlich nur von „zweifelhaften **Thatsachen** zu verstehen sind. „(b) Vorizt will ich nur daran erinnern, „daß die erwähnte Verordnung, da sie zu den „nicht glossirten Gesetzen gehört, überhaupt in „Rücksicht auf gerichtliche Anwendung nicht „weiter in Betrachtung komme. Desto gewis„ser ist es also, daß, in Ermangelung andrer „gültiger Vorschriften, die Sache lediglich nach „Vernunftgründen und rechtlicher Analogie zu „bestimmen sey."

Ich

(a) Dan. Nettelbladt systema elementare iurisprud. commun. general. §. 236.
(b) Commentar. iur. ciuil. Lib. XXVI Cap. 3.

Ich sollte nicht denken, daß außer dem Herrn Professor Weber noch mehrere aufgeklärte Rechtsgelehrten leugnen möchten, daß man ieden dunkeln Rechtsstreit rem dubiam nennen könne, und daß es gleichviel sey, ob diese Dunkelheit in Thatumständen, oder in Gesetzen liege. Denn in sofern, als man eine Rechtssache, die wegen Mangel, oder mannichfaltiger Erklärung gesetzlicher Bestimmungen dunkel ist, ohnmöglich rem haud dubiam nennen kann, so ist gar nicht abzusehen, warum unter dem allgemeinen Ausdrucke res dubia nur eine besondre Art der Dunkelheit, welche sich auf Thatsachen bezieht, zu verstehen sey. Da es überdieß erste Pflicht des Gesetzgebers war, der bestmöglichsten Deutlichkeit und der richtigsten Bestimmungen sich zu bedienen; so ist, nach meinem Erachten, um so viel weniger daran zu zweifeln, daß man die Worte, deren er sich hier bedient hat, so allgemein, wie sie gesagt sind, nehmen müsse. — In welchem Betrachte eine solche Erklärung mit den übrigen Grundsätzen des Rechts in Widerspruch gerathe, kann ich nicht begreifen. Freylich paßt sie nicht in das

Weberische System; allein wir sind auch nicht verbunden, unsre gesetzlichen Verordnungen so zu erklären, daß sie denen vom Herrn Professor aufgestellten Grundsätzen nicht widerspre-chen. — Was die angeführte Stelle aus dem **Donellus** betrifft, so beweißt diese im Grunde gar nichts für den Herrn Professor **Weber**; denn sie enthält nicht nur nicht die geringste Erklärung desienigen Gesetzes, von welchem wir hier sprechen, sondern handelt auch blos von einem Falle, wo nur von Dunkelheit in Rücksicht gewisser Thatsachen die Rede seyn kann; und sagt überhaupt kein Wort davon, daß ein Rechtsstreit, dessen Entscheidung auf der Erklärung dunkler Gesetze beruht, unter res dubias nicht zu rechnen sey. — Ueber den Umstand, daß das angezogene Gesetz nicht glossirt ist, habe ich bereits meine Gedanken geäußert, und gezeigt, daß dasselbe durch allgemeinen Gerichtsgebrauch schon längst gesetzliches Ansehen im deutschen Reiche erhalten habe. Ueberhaupt kann ein solcher Einwurf dem Herrn Professor um so weniger zu statten kommen, da er sich kein Gewissen daraus macht,

in

in seiner eignen Abhandlung auf gedachtes Gesetz zu provociren. (c) — Da uns folglich bey Entscheidung gegenwärtiger Frage gültige Vorschriften positiver Gesetze nicht mangeln, so ergiebt sich von selbst, daß die Sache nach bloßen Vernunftgründen und rechtlicher Analogie nicht bestimmt werden dürfe.

§. 46.

Weiter verwirft der Herr Professor **Weber** die Anwendung der Lehre **Papinians** in L. 78. §. 2. D. de legat. II. auf vorliegende Frage. "In der gedachten Stelle, sagt er, „werden die Worte: si ratio litigandi non fuit, „offenbar gemißdeutet. Eigentlich ist von einer im Urtheil zu verfügenden Compensation „der Kosten daselbst gar nicht die Rede; sondern „das Gesetz bestimmet nur, daß der sachfällige „Theil, welcher einen rechtskräftigen Ausspruch zu erfüllen versäumet, alle Schäden „und Kosten, die dadurch erwachsen sind, vergüten solle, es wäre denn, daß er rechtmäßige „Gründe zu seiner Rechtfertigung angeben könnte.

(c) S. §. 3. S. 29.

„te. Ueberhaupt würde es aber doch immer „erst auf die Frage ankommen: Was den „Rechten nach zum Zweck der Vergleichung der „Kosten als hinlängliche ratio litigandi gelten „könne? worüber jedoch das Gesetz keine aus„drückliche Auskunft giebt." (a)

Diese Gesetzerklärung scheint indessen sehr unbefriedigend zu seyn. Bey genauer Prüfung der Worte Papinians glaube ich, daß derselbe eigentlich nichts anders habe sagen wollen, als daß der Sachfällige, in sofern er ohne Grund vor Gericht gestritten haben sollte, eben sowohl die Proceßkosten erstatten müsse, als er zu Ersetzung der Schäden verbunden sey, welche aus seiner Saumseligkeit in Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils entsprungen seyn möchten. — Wenn übrigens der Herr Professor **Weber** glaubt, daß **Papinian** diejenigen Rechtsstreitigkeiten, bey welchen ratio litigandi eintritt, näher zu bestimmen vergessen habe; so irrt er sich gar sehr. Man lese nur etwas

(a) Aehnliche Zweifel wegen der Anwendung dieses Gesetzes auf die Kostenerstattung findet man in Zoll de litis expensar. refus. §. 19.

etwas weiter, als er gelesen zu haben scheint, so wird man finden, daß ausdrücklich gesagt wird: Ignauiam praetendentes audiri non oportere. Bedenkt man nun, daß unter ignauis, wie im Vorhergehenden entwickelt worden ist, nur diejenigen zu verstehen sind, welche culpam latam begehen, und daß bey streitenden Theilen, welche wegen Erklärung dunkler Gesetze, worauf ihr Rechtsstreit beruhte, vor Gericht untergelegen haben, solch ein Mißbrauch der richterlichen Hülfe nicht gedacht werden kann; so läßt sich hieraus die natürliche Folge ziehen, daß nach dem Innhalte des angezogenen Gesetzes der Kostenbetrag zu compensiren sey. (b)

"Eben so, fährt der Herr Professor Weber fort, verhält es sich mit den unbestimmten Ausdrücken: propter negotii varietatem, „welche in der Nov. 82. Cap. 10. nur beyläufig „vorkommen, und ohnehin schon weit natürlicher von Thatsachen und allenfalls von solchen „Strei-

(b) Brunnemann Commentar. in Leges Pandect. Lib. XXXI. Tit. I. L. 78. §. 2. Carpzov iurispr.. for. P. I. Cap. 31. def. 26.

„Streitigkeiten erklärt werden können, welche „mehrere Gegenstände enthalten, die theils für „die eine, theils für die andere Partey entschie„den werden. Gewiß ist es daher, daß keine „bestimmte oder ausdrückliche Vorschrift eine „weitere Untersuchung der Sache nach sonsti„gen Rechtsgründen ausschließe." (c)

Ich glaube dagegen nicht ohne Grund zu behaupten, daß bey iedem Rechtsstreite, der entweder wegen verwickelter Thatsachen, oder dunkler Gesetze in verschiedenem Gesichtspuncte betrachtet, und nach entgegengesetzten Erklärungen, die man sich von der Sache macht, auf verschiedene Art entschieden werden kann, negotii varietas existire. In dieser Bedeutung findet man wenigstens gedachten Ausdruck in mehrern gesetzlichen Stellen. (d) Daher bin ich der Meynung, daß man denselben so allgemein nehmen müsse, als ihn Justinian in angeführter Novelle gebraucht hat. (e)

§. 47.

(c) Eben diese Gedanken findet man in Zoll de litis expens. refus. §. 20. am Ende.

(d) L. 55. §. 1. D. de legat. II. sagt zum Beyspiel Gaius: "et post multas varietates placet."

(e) Temmen de lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 55.

§. 47.

"Gerne gebe ich zu, sagt der Herr Pro-
„fessor Weber, daß in concreten Fällen
„der verlierende Theil in mancher Hinsicht
„Entschuldigung, ia oft unser Bedauern
„verdienen könne, weil das Ansehen der
„Rechtsgelehrten, die Arglist und Un-
„wissenheit der Advocaten ihn irre ge-
„führt und dazu verleitet haben, seine
„Sache für gerecht zu halten, und einen
„guten Ausgang zu erwarten. Allein hier
„kömmt es darauf an, von welcher Seite ei-
„gentlich das Gericht die Sache zu behandeln
„hat. Denn es ist nichts neues, daß Perso-
„nen und Sachen ohne weitere Rücksicht auf
„besondere Abweichungen, welche etwa hierbey
„vorkommen, beurtheilt werden. Ich leugne
„ia nicht, und wer kann es auch in Abrede zie-
„hen, daß es zweifelhafte Rechtsfragen giebt,
„und daß in verschiedenen Fällen, wenn man
„blos auf Billigkeit Rücksicht nimmt, das
„Schicksal des verlierenden Theils sehr hart
„sey, wenn er noch obendrein die Kosten be-
„zahlen soll. Aber ich bitte doch, zu erwägen,

„daß

„daß die bloße Billigkeit den Richter nicht be-
„wegen darf, von der Wirkung des Zwangs-
„rechts eine Ausnahme zu machen, wenn kein
„gesetzlicher Grund ihn dazu berechtigt. Und
„ist es denn auch nicht hart, wenn der siegende
„Theil die Kosten einbüßen soll, da doch der
„Richter die gegenseitige Anmaßung, wodurch
„die Kosten verursacht worden sind, als wi-
„derrechtlich verworfen hat?"

Es ist doch wirklich auffallend, wenn der Herr Professor **Weber** ein offenes Geständniß von der Existenz zweifelhafter Rechtsfragen ablegt, den Sachfälligen in dieser Hinsicht völlig entschuldigt, sogar seines Bedauerns würdig achtet und dennoch in die Kostenerstattung verurtheilt. Gewiß beruht hier die Compensation der Proceßkosten nicht auf bloßer übelangewendeter Billigkeit. Sie gründet sich auf gesetzliche Vorschriften, deren Einfluß auf gegenwärtige Frage der Herr Professor freylich verkennt. Ist wirklich ein Gesetz dunkel, so kann es gar nicht fehlen, daß verschiedene Erklärungen desselben entstehen; ieder bildet sich eine Vorstellung, die mit seinen Grundsätzen übereinstimmt.

Ha-

Haben wir nun das Unglück, daß unsere Sache auf dem Sinn eines solchen Gesetzes beruht, oder von einer zweifelhaften Rechtsfrage abhängt, und wir sind überzeugt, daß nach der bestmöglichsten Vorstellung, die wir uns durch vernünftige Gründe von der Sache gemacht haben, der Sieg nothwendig auf unsere Seite fallen müsse, so begehen wir ia weder dolum, noch culpam latam, wenn wir dem Richter dieselbe zur Entscheidung vorlegen. Werden wir gleich sachfällig, so sind wir dennoch in bona fide, und können keinesweges in die Kostenerstattung verurtheilt werden. — Wer bürgt dafür, daß unsere Erklärung nicht ungleich richtiger sey, als die, welche sich der Richter gemacht, und nach welcher er den Rechtsstreit entschieden hat? Dieß verdient um desto mehr erwägt zu werden, da die traurige Erfahrung lehrt, daß oftmals derienige Diener der Gerechtigkeit, welcher unsern Rechtsstreit entscheiden soll, ein privilegirter Dummkopf ist, und blos deswegen bessere Erklärungen der Gesetze verwirft, weil sie sein Gehirnkasten nicht begreifen kann, oder der gemeine Schlendrian

dage-

dagegen ist. Sitzt hingegen auch ein minder seichter Kopf am Ruder der Gerechtigkeit, so kann er vielleicht an Vorurtheilen krank liegen und in seinen einmal gefaßten Grundsätzen unerschütterlich bleiben. Sollen wir nun wegen der unrichtigen Vorstellungen, welche sich der Richter von der Sache gemacht hat, die Proceßkosten erstatten? oder gar nicht klagen, wenn wir nicht wissen, ob der unsrige und unsers Richters Ideengang einerley Richtung haben?

§. 48.

Noch einen Hauptbeweisgrund trägt der Herr Professor **Weber** in folgendem Schlusse vor: "Sobald der Richter selbst den streitigen „Rechtspunct schlichtet, so ist nach förmlichem „Rechte (a) der verlierende Theil als derje„nige zu behandeln, welcher in iure geirrt hat. „Da nun das Urtheil, welches ihn sachfällig

„er-

(a) Vom Unterschiede des förmlichen und wirklichen Rechts handeln unter andern **Justus Möser** in seinen patriotischen Phantasien Th. IV. Nr. 30.; **Berlinische** Monatsschrift von Gedike und Biester 1783. S. 506. **Weber** von der natürlichen Verbindlichkeit Abth. II. S. 262.

„erklärt, weder ein Werk des blinden Unge-
„fährs, das niemand vorausſehen konnte, noch
„ein höherer Orakelſpruch iſt, den der menſch-
„liche Verſtand nicht zu erreichen vermag; ſon-
„dern da iedes Urtheil, ſo lange es nicht refor-
„miret iſt, als das Reſultat einer ſorgfältigen
„und unparteyiſchen Prüfung der verhandelten
„Streitſache betrachtet werden muß: ſo iſt gar
„nicht abzuſehen, warum man nicht annehmen
„ſollte, daß der Ueberwundene das Rechtswi-
„drige ſeines Streits eben ſo gut hätte einſehen
„können, als es der Richter eingeſehen hat,
„und daß er alſo, wo nicht vorſätzlich den Geg-
„ner chicanirt, doch allemal einen Irrthum
„unterhalten habe, den er hätte vermeiden kön-
„nen und müſſen. Das gerichtliche Erkennt-
„niß kann wenigſtens, wenn es ſich irgend con-
„ſequent bleiben ſoll, den ſachfälligen Theil
„nicht anders behandeln. (b) Das Urtheil
„macht

(b) Hiergegen hat Herr Poſtdirector Hennemann S. 37. ſeiner angeführten Schrift eingewendet: "Die Urtel mache nur förmliches „Recht unter den Parteyen. — Daraus folge „aber nicht, daß dasienige was ſie Recht ma-„che, auch wirkliches Recht ſey — und ge-

„we-

„macht nicht erst Recht, sondern es bestimmt,
„was den Gesetzen und Rechten, wornach der
„Richter sprechen muß, unter den Parteyen
„gemäs sey. Es ist sehr richtig, daß dieses
„förmliche Recht nicht immer wirkliches Recht
„ausmacht. Aber die Gesetze wollen, und
„der ganze Zweck der Justizpflege erfordert es,
„daß dasienige als wirklich Recht angesehen
„und behandelt werde, was einmal rechtskräf-
„tig so und nicht anders erkannt worden ist.
„Diese Rechtskraft schlichtet den bisherigen
„Streit, und entscheidet, ob mit Recht geklagt
„worden; oder ob Beklagter mit Recht dage-
„gen gestritten habe; folglich muß auch die
„Wir-
„wesen sey, als der Streit angegangen. Wer
„nach der Urtel, seitdem sie, was sie sage,
„zu förmlichem Rechte gemacht habe, die-
„sem nicht gemäs handle, der handle offenbar
„ungerecht; aber wer vor der Urtel nicht thue,
„was durch sie nachmals förmliches Recht wer-
„de, der könne nach eigentlichem Rechte Recht
„gehabt haben, denn das förmliche Recht ha-
„be noch nicht existirt. Es sey also unmöglich,
„der nachherigen Urtel wegen sein Benehmen
„vor solcher und die dadurch seinem Gegner
„gegebene Veranlassung, Kosten zu verwenden,
„als eine unrechtmäßige Beschädigung desselben
„zu betrachten."

„Wirkung des rechtskräftigen Urtheils nicht „blos als Richtschnur für die Zukunft angese„hen, sondern auf den Anfang des gerichtli„chen Streits zurück gezogen werden. Dieß „zeigt nicht allein die Natur der Sache, son„dern es wird auch durch die gesetzlichen Vor„schriften von den Wirkungen der Litisconte„station deutlich genug bestätigt. Durch diese „werden die Parteyen verpflichtet, ihre Rechte „und Verbindlichkeiten lediglich auf den rechts„kräftigen Ausspruch des Richters ankommen „zu lassen; und daß dieses nicht blos für die „Zukunft zu verstehen, sondern auf den An„fang des Streits zurückzuziehen sey, davon „überzeugen uns die bekannten Vorschriften, „daß der sachfällige Theil dem Sieger alles „vergüten müsse, was dieser gehabt haben wür„de, wenn iemand gleich anfangs nachgegeben „hätte, die bekannten Vorschriften von den „fructibus percipiendis u. s. w. Und wenn „Ulpian L. 25. §. 6. D. de heredit. petit. im „Ganzen zwar zugiebt, daß die Vortheile ei„nes redlichen Besitzers auch dem zu Statten „kommen, der in den Rechten geirrt hat; so

„fügt er doch gleich §. 7. eben daselbst hinzu:
„post *motam controuersiam* omnes possessores
„pares fiunt et quasi praedones tenentur; also
„nicht erst nach erfolgtem Urtheile; sondern
„gleich vom Anfang des Streits an gerechnet.
„Damit stimmt auch die Constitution der Kai-
„ser in L. 10. C. de Praescript. longi tempo-
„ris überein: Nec bona fide possessionem ade-
„ptis longi temporis praescriptio post moram
„litis contestatae completa proficit, quum post
„motam controuersiam in praeteritum aesti-
„metur."

Hat der Richter eine wirklich streitige Rechtsfrage entschieden, so erklärt das förmliche Recht, welches durch das richterliche Urtheil entstanden ist, den, gegen welchen es ausfällt, niemals als einen solchen, der in iure geirrt hat, sondern es zeigt blos an, daß der Richter iene Erklärung, welche sich der verlierende Theil von der Sache gemacht, minder wahrscheinlich gefunden habe. Erwägt man nun, daß der Grund derienigen Proceßkosten, welche auf solche Art entstanden sind, eigentlich nicht im Willen des Sachfälligen,

sondern lediglich in der Dunkelheit des Gesetzes, oder im Mangel an gesetzlichen Bestimmungen liege, so muß man nothwendig zugeben, daß ein Jeder, dessen Erklärung oder Vorstellung durch die richterliche Sentenz verworfen wird, keines Mißbrauchs der gerichtlichen Hülfe überwiesen, folglich auch in die Proceßkosten nicht verurtheilt werden könne. Wer würde uns wohl zumuthen, gegen innere Ueberzeugung unsere Klage liegen zu lassen? Das Schicksal gab uns ja keine Vorhersehungskraft, die uns sagen könnte, daß das richterliche Urtheil unsere vernünftigen Gründe verwerfen werde. — Und wovon hängt denn endlich das förmliche Recht ab? Von niemanden anders, als von Personen, die Menschen sind, wie wir; die so wenig, als ihre Mitbrüder, von Irrthümern frey sind; die weder ein Privilegium der Untrüglichkeit haben, noch auf das Ansehen eines Orakels Anspruch machen können. (c) Hier-

aus

(c) Von Justi sagt in seiner Vergleichung der Europäischen mit der Asiatischen und andern vermeynten barbarischen Regierungen S. 544. "Das Gesetz ist allemal gerecht,

aus kann man die richtige Schlußfolge ziehen, daß das förmliche Recht nicht immer wirkliches Recht sey. So lange aber die genaueste Uebereinstimmung beyder Rechte nicht gezeigt werden kann, läßt sich auf Seiten des verlierenden Theils die Existenz eines erroris in iure nicht denken. Aus welchem Fundamente soll man nun den Sachfälligen in die Proceßkosten verurtheilen? Weil dasienige als wirkliches Recht angesehen und behandelt werden muß, was einmal rechtskräftig erkannt worden ist, antwortet uns der Herr Professor **Weber**. Allein in dieser Antwort herrscht eine wahre Confusion. Im Kostenpuncte muß man den Sachfälligen nach wirklichem Rechte beurtheilen; nicht aber nach dem, was blos die Stelle desselben vertreten soll. — Denn wenn sich nicht beweisen läßt, daß das förmliche Recht von ieher wirkliches Recht gewesen sey, so bleibt es eine unrichtige Behauptung, daß man die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils auf den Anfang des gerichtlichen Streits zurückzie-

hen

„unparteyisch und **unveränderlich**; die Rich-
„ter sind es vielleicht sehr selten."

hen müsse. Man setze zum Beyspiel den Fall, daß aus der Lege 8. C. de reuocandis donationibus ob superuenientiam prolis auf Wiederaufhebung der geschehenen Schenkung; oder aus einem Codicille, welches vor fünf Zeugen, unter denen mehrere Frauenzimmer waren, auf eine gültige Art gemacht worden ist, auf Erfüllung desselben geklagt werde; so ist es unleugbar, daß die Meynungen der Gelehrten über die Rechtsbeständigkeit oder Ungültigkeit dieser Geschäfte bis iezt noch sehr getheilt sind. Wird eine dieser Klagen vom Gerichte verworfen, so ist doch wohl in den mehresten Fällen das richterliche Urtheil eher ein Werk des blinden Ohngefährs, das der menschliche Verstand nicht zu erreichen vermochte, als das Resultat einer sorgfältigen Prüfung der Streitsache. Jeder vertheidigt gerne die Meynung, welche ihm sein ehemaliger Lehrer, auf dessen Gelehrsamkeit er das meiste Zutrauen setzt, vorgetragen hat; nur der feinere Kopf urtheilt ohne Rücksicht auf persönliche Verhältnisse. Von welchen Umständen kann nicht bey so gestalten Sachen das gegen uns gefällte Urtheil

abhängen! Noch mehr überzeugt man sich von der Richtigkeit dieser Beobachtung, wenn man einen kleinen Blick in ganze Collegien thut. Hier wird votirt, und vielleicht ein einziges verneinendes Votum hindert zufälliger Weise, daß die maiora für uns ausfallen. Der Zufall also, der eben Einen Mann, dessen Grundsätze von den unsrigen verschieden sind, zum Mitgliede dieses Collegiums erwählt hat, ist allein Ursache, daß wir sachfällig werden; er ist es allein, der förmliches Recht bildet. Hätten wir etwas früher oder später geklagt, so konnte es seyn, daß wir unsre Klage durchsetzten; denn vielleicht stimmten alsdann die Mitglieder des Collegiums im Ganzen genommen in ihren Grundsätzen näher mit uns überein. Wer kann nun behaupten, daß in dergleichen Fällen das Urtheil nie förmliches Recht mache, sondern existirendes Recht ausspreche? und daß der Sachfällige allemal einen Irrthum unterhalten habe, den er hätte vermeiden können und müssen. Wenn wir einst das Glück haben sollten, die Zeiten zu sehen, wo das ganze Menschengeschlecht auf einerley Art denkt, und

academische Lehrer in Rechtsgrundsätzen die Controversen gar nicht kennen; alsdann pflichte ich gerne der Meynung des Herrn Professor **Webers** bey. Aber diese Zeiten möchten vorjetzt wohl noch ferne seyn. — Die irrige Schlußfolge aus den Wirkungen der Litiscontestation, welche der Herr Professor **Weber** zu Hülfe nimmt, brauche ich hier nicht zu widerlegen, da ich bereits meine Gedanken darüber geäußert habe.

§. 49.

b) Begriff streitiger Rechtsfragen.

Sehr sonderbar ist es, wenn der Herr Professor **Weber** die Kostenvergleichung in vorliegendem Falle unter andern aus der Ursache verwirft, weil es ihm schlechterdings unmöglich scheint, die Gränzlinie zwischen streitigen und nicht streitigen Rechtsfragen zu finden. Dieß mag wohl nicht immer ein leichtes Geschäfte seyn, aber für ganz unmöglich halte ich es doch nicht. Wir haben bis jetzt noch eine ziemliche Anzahl bestrittener Rechtssätze, deren mehrere das Gepräge einer Controvers eigentlich nicht einmal an sich tragen, sondern

aus wirklichem Mißverstand der Gesetze entsprungen sind. In dergleichen Fällen darf ein vernünftiger Richter von übelangewendeter Billigkeit sich durchaus nicht hinreißen lassen, noch darauf Rücksicht nehmen, ob etwa der verlierende Theil aus Unkunde unserer Rechte falsche Gesetzerklärungen, welche seiner Absicht entsprechen, als wahr angenommen und gerichtlich vertheidigt habe. Da es in seiner Macht stand, Rechtsgelehrte und Sachverständige darüber zu befragen, so ist es ihm allerdings als grobe Nachlässigkeit anzurechnen, wenn er sich dieser Befugniß nicht bedient, sondern temere einen Rechtsstreit gerichtlich durchzusetzen gesucht hat, der schon von seiner Existenz an als ungerecht anzusehen war. Hier ist es der Fall, wo der Erfolg zeigt, daß der verlierende Theil unrecht gehabt und das Recht gemißdeutet habe. Ueberdieß lehrt die tägliche Erfahrung, daß viele streitende Theile eben so wol, als deren Anwälde alles mögliche zusammenraffen, was ihrem Gesuche einen blendenden Anstrich zu geben vermag, um allenfalls, wenn die Klage auch nicht durchgesetzt werden sollte, we-

nigstens in Rücksicht der Kosten nicht beschwert zu werden. So berufen sich zum Beyspiel streitende Theile nicht selten auf irrige Erklärungen vermeyntlich dunkler Gesetze, die schon mehrmals von dem nämlichen Gerichtshofe, vor welchem sie klagen, verworfen worden sind; oder verlassen sich auf Scheingründe, deren Schimmer, wenn sie die Sache gehörig durchdacht hätten, bald verschwunden seyn würde. — In allen diesen und ähnlichen Fällen gebe ich gerne zu, daß der verlierende Theil als temerarius litigator zu betrachten, und in die Kostenerstattung zu verurtheilen sey. Denn bonam fidem, das richtige Fundament der Kostenvergütung vermißt man hier gänzlich.

Es fragt sich aber nun im Gegentheile: Welches sind eigentlich streitige Rechtsfragen, welche auf den Kostenpunct Einfluß haben? Dahin rechne ich alle diejenigen, über deren Entscheidung unsere Gesetze entweder gar keine Auskunft geben, oder wenigstens so dunkel sich ausdrücken, daß man den wahren Sinn derselben mit Gewißheit nicht bestimmen kann, sondern nur bey der höchsten

Wahrscheinlichkeit stehen bleiben muß. Man darf also füglich auch diejenigen Rechtssätze, worüber die Gerichte in ihren Urtheilen bis iezt noch ganz uneinig sind, hierher rechnen. Es existirt wenigstens in dieser Hinsicht immer ein sich widersprechendes förmliches Recht. Da dieses von der Beurtheilungskraft der Gerichtspersonen abhängt, so ist der Sachfällige in solchem Betrachte, wenn er nur keinen errorem iuris begangen hat, immer in bona fide, weil er den Ideengang seiner Richter nicht voraussehen kann. Dieß halte ich für die richtigste Gränzlinie, welche man hier zu ziehen vermag. Der Herr Professor **Weber** meynt zwar, daß es in Ansehung des Kostenpuncts gar nicht darauf ankomme, mit wie vieler Wahrscheinlichkeit die Scheingründe des Sachfälligen verknüpft gewesen, genug, daß sie gehoben und widerlegt worden, daraus erhelle klar, daß sie zu heben gewesen. Allein diesen Grundsäzzen kann ich alsdann erst beypflichten, wenn nicht blos von förmlichem Rechte die Rede ist. (a) — Denn sobald bey Entscheidung streis-

(a) "Victus iustam litigandi causam praeten-
„dit

streitiger Rechtsfragen total verschiedene Gerichtsobservanzen gezeigt werden können, möchte ich nicht zugeben, daß der verlierende Theil, der anscheinendsten Gründe ungeachtet, immer die Vermuthung gegen sich habe, daß er entweder selbst vom Gegentheile überführt gewesen sey, oder doch ohne genugsame und unbefangene Prüfung dasjenige sogleich angenommen habe, was ihm beym ersten Anblicke vortheilhaft geschienen. Da überdieß selbst nach dem Geständnisse des Herrn Professor Webers manche sachfällige Partey wegen des förmlichen Rechtes, das gegen sie ausfällt, nichts verschuldet hat, so ist es ja offenbar der gerechteste Weg, welchen der Richter ergreifen kann, wenn er die Kosten vergleicht. Der Sieger muß den Verlust, welchen er auf solche Art leidet, zu den Uebeln und Unvollkommenheit:

„dit — si tuebatur litem, quae dependebat ex „decisione legis dubiae et difficilis, super qua „sunt discrepantes doctorum opiniones. Merito „excusabitur, quum ipse scire nequeat, in quem „intellectum iudex inclinaturus sit, nec peccauit, „si alteram ex dubiis opinionibus secutus succum„bat, quia nec temeritas, nec iuris error ipsi „imputari potest." Temmen de lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 51. sq.

heiten rechnen, welche bey allen menschlichen Anstalten, folglich auch bey der Rechtspflege nie ganz zu vermeiden sind. Es würde doch immer noch weit härter seyn, wenn der verlierende Theil beym Verluste der Hauptsache auch noch die Kosten tragen sollte.

§. 50.

c) Nähere Bestimmung, in wiefern wegen dunkler Gesetze oder streitiger Rechtsfragen die Kostenvergütung statt habe.

Um iedoch ieden Mißbrauch der eben aufgestellten Regel zu vermeiden, so ist es nöthig, nähere Bestimmungen darüber zu geben. Es läßt sich denken, daß entweder der ganze Rechtsstreit, oder nur ein Theil desselben von der Entscheidung einer streitigen Rechtsfrage abgehangen, oder auf der Erklärung eines dunkeln Gesetzes beruht hat. Im erstern Falle sind nach denen bereits vorgetragenen Gründen (§. 44.) die Kosten des ganzen Processes zu compensiren; im letztern Falle hingegen würde ein solches Verfahren alsdann sehr unbillig seyn, wenn der Sachfällige eines Theils zwar probus, andern Theils aber auch improbus litiga-

tor

tor gewesen ist. Die richtigsten Maasregeln, welche der Richter zu befolgen hat, bestehen darinn, daß er Rücksicht nimmt: Ob 1) die Summen der Proceßkosten, welche die Untersuchungen beyder Puncte verursacht haben, einander völlig, oder beynahe gleich sind; oder ob 2) der Kostenaufwand desienigen Puncts, welcher auf der Entscheidung einer streitigen Rechtsfrage beruht, und in Rücksicht dessen der eine Theil gesiegt hat, von nicht sonderlichem Betrage ist, und ohne große Weitläuftigkeiten ins Licht gesetzt werden kann; der andere Punct hingegen, bey welchem ein widriges Urtheil ergangen ist, viele Weitläuftigkeiten verursacht hat, und in Ansehung der Kosten ienen weit übersteigt? Ist Ersteres, so sind wieder die Kosten des ganzen Processes zu compensiren; findet sich aber Letzteres, so ist die Kostenerstattung nach einem vernünftigen und billigen Verhältnisse zu bestimmen. (a)

§. 51.

(a) Corp. Iur. Frider. a. a. O. §. 3. n. 3. in Verbindung mit n. 2. desselben Paragraphen.

§. 51.

α) Opiniones Doctorum.

Mit der iezt beantworteten Frage stehen noch etliche andere in genauer Verbindung. Die Erste ist: Ob der Sachfällige, wenn er das Ansehen der Rechtsgelehrten, namentlich die gemeine Meynung derselben vor sich hat, auf Compensation der Kosten Anspruch machen könne? Es fehlt hier im geringsten nicht an Rechtsgelehrten, welche dieses beiahet haben, und auf die sonderbarsten Behauptungen verfallen sind. (a) So sagt zum Beyspiele **Gail**: "Est enim opinioni com-

„mu-

(a) Perez ad tit C. de fruct. et lit. expens. n. 7. Gail I. obs. 153. n. 5. Berlich P. I. Conclus. 78. n. 31. Brunnemann proc. ciuil. Cap. XXVII. n. 78. Mencken proc. iur. commun. a. a. O. §. 14. Martini comment. for. a. a. O. n. 93. sq. Carpzov iurisprud. for. P. I. Const. 31. def. 47. n. 5. P. I. Decis. 46. n. 15. Carpzov proc. iur. a. a. O. art. 1. n. 47. Schoepff de proc. Cap. XVIII. §. 1. Lauterbach de expens. victor. th. 44. Rebhan de expens. lit. th. 29. Hülse de lit. expens. th. 23. 24. Pestel de expens. vict. th. 11. Melich de sportul. Aphor. XXVI. Hoffmanns deutsche Reichspraxis §. 797. Leyser sp. LXXXVIII. Eichmanns Erklärung des bürgerlichen Rechts §. 34. am Ende.

„muni tanta attributa auctoritas, vt pro veri-
„tate quasi pro lege haberi coeperit, et iudici
„nefas sit, ab ea recedere, ne litem suam
„facere, et per imperitiam iudicasse audire
„malit." Allein ich gestehe frey, daß ich mit dem Herrn Professor Weber die so genannte gemeine Meynung und den Beyfall angesehener und bewährter Rechtsgelehrten für eine an sich sehr mißliche Sache halte. Ueberdieß läßt sich ohnmöglich bestimmen, welches eigentlich die gemeine Meynung der Rechtsgelehrten in Ansehung einer gewissen streitigen Rechtsfrage zu nennen sey. Soll es nach der Mehrheit der Stimmen entschieden werden, so frage ich: Wessen Lebenstage sind wohl von so langer Dauer, daß es ihm möglich werden könnte, sich eine Sammlung von den verschiedenen Meynungen der Gelehrten zu verschaffen, um in vorkommenden Fällen zu versuchen, auf welcher Seite die Mehrheit der Stimmen sich finde; und wessen Vermögen würde bey unserm schreibseligen Zeiten zu Anschaffung aller hierzu erforderlichen Schriften zureichen? Soll aber die gemeine Meynung nach der Größe des Ansehens

sehens der Gelehrten, welche dieß, oder ienes behaupten, bestimmt werden, so geräth man auch hier wieder in ein Labyrinth von relativen Begriffen, aus dem man schwerlich einen Ausweg finden möchte. Und gesetzt, daß iedes dieser Hindernissen weggeräumt und die gemeine Meynung entdeckt werden könnte, so fragt es sich immer noch, ob dieselbe nicht etwa ein gemeiner Irrthum sey. Denn es läßt sich wohl nicht beweisen, daß da, wo die Mehrheit der Stimmen herrscht, die ansehnlichsten Portionen menschlicher Vernunft sich finden. (b)

Eine andere Behauptung, welche in Absicht des Sonderbaren der eben widerlegten Meynung den Rang fast streitig zu machen scheint, geht dahin, daß man die Kosten compensiren müsse, sobald eine Verschiedenheit der Meynungen vorhanden sey, aber nicht ausgemacht werden könne, welche man für die gemei-

(b) „Non disceptabo tamen, quod iudici quandoque liceat a communi recedere, vbi illa bonis rationibus euinci poterit, quia nudus assentium numerus non facit vere dictam communem opinionem, nec multitudo errantium errori praebere potest patrocinium." Temmen de lit. expens. IX. 3. 61.

meine oder die im competenten Gerichtshofe angenommene Meynung zu halten habe. (c) Ja man beruft sich sogar auf das geistliche Recht, namentlich auf Cap. 10. X. de Constitutionibus (d), und glaubt in dieser gesetzlichen Stelle erwiesen zu finden, daß der Richter bey streitigen Rechtsfragen nach Belieben eine Meynung annehmen könne, welche er wolle. Allein zu wünschen ist es, daß Grundsätze dieser Art in unserm aufgeklärten Jahrhunderte aus Deutschlands Gerichtshöfen verbannt werden mögen. Mehrere Entscheidungen pro amico sowol in Ansehung der ganzen Sache, als auch in Rücksicht des Kostenpunkts würden wenigstens eine der ersten unausbleiblichen Folgen dieser saubern Lehre seyn.

Noch andere (e) finden in dem Falle die Kostenvergleichung äußerst gerecht, wann der Sach-

(c) Menoch de arbitrar. iud. quaest. et causs. Lib. II. Cent. 2. Cas. 177. n. 6. und 7. Ziegler Dicast. Concluss. XL. Gail Lib. I. Obs. 153. n. 9.

(d) "Ne imitaris prudentiae tuae. Prudentiae „suae imititur, qui ea, quae sibi agenda dicenda „videntur, Patrum decretis praeponit."

(e) Menoch a. a. O. n. 12. und 13.

Sachfällige von mehreren angesehenen Rechtsgelehrten versichert worden ist, daß er einen gerechten Proceß führe. (f) Sie setzen nämlich als erwiesen voraus, daß alles das, was ein rechtschaffener Mann sagt, die gerechteste Glaubwürdigkeit wirke, folglich litigandi temeritatem völlig ausschließe. (g) Aus diesem Grunde pflegte man ehemals einen streitenden Theil, welcher die Meynung der Glossatoren für sich anführte, niemals in die Processkosten zu verurtheilen. Denn diese galten zu jenen Zeiten mehr, als die Gesetze selbst, und standen gewiß in größerem Ansehen, als in unsern Tagen die Lehren der Evangelisten. (h)

Alle

(f) Damit stimmen sogar einige Proceßordnungen überein, namentlich: Gerichtsordn. der Fürstenthümer Ober- und Niederbayern Tit. XII. Ges. 1.

(g) Man beruft sich hier vorzüglich auf Cap. XXVII. X. de sponsalibus et matrimoniis: "*Si „persona grauis, cui fides adhibenda*"; Cap. talia VIII. quaest. 3.: "*De memorati viri testimo-„nio omnino dubitare non possumus*"; L. 5. §. 6. D. de re militari: "*Si vir bonus ante existima-„tus est, prope est, vt adfirmationi eius credatur.*"

(h) Raphael Fulgosius sagt ad L. 6. C. de obligationibus et act. und ad L. 3. C. comm. diuid.

Alle diese Behauptungen sind, wie selbst der Herr Professor **Weber** erinnert, als äußerst schädliche Irrthümer zu verwerfen. Die Meynungen der Rechtsgelehrten an sich betrachtet können schon deswegen die Kostenvergleichung nicht wirken, weil sie uns nie gewiß überzeugen können, daß der Sachfällige, welcher durch sie die Rechtmäßigkeit seiner Ansprüche zu begründen gesucht hat, in bona fide sich befunden habe, und vom Verdachte grober Nachlässigkeit freyzusprechen sey. Läßt es sich nicht denken, daß der verlierende Theil schon vor dem richterlichen Erkenntnisse die Ungerechtigkeit seines Rechtsstreites eingesehen, aber im Vertrauen auf die Verschiedenheit der Meynungen demselben dennoch nicht entsagt habe? — Eben so wenig kann das blose Ansehen der Rechtsgelehrten die Quelle der Entschei-

dung

diuid. "Volo potius pro me glossatorem, quam „textum. Nam si allego textum, dicunt aduo„cati diuersae partis et etiam iudices: credis tu, „quod glossa non ita viderit illum textum, sicut „tu". Glossae apud veteres aliquando tanta fuit auctoritas, vt ab ea decedere aut dissentire piaculum haberetur. MARTINI a. a. O. n. 100.

dung seyn; denn es ist eine ausgemachte Wahrheit, daß Rechtslehrer und Ausleger keine Gesetzgeber sind; und daß man blos darauf zu sehen habe, ob die Meynungen derselben auf Gesetzen oder deren Analogie sich gründen. (i) In dieser Hinsicht hat die Behauptung eines Glossators in unsern Tagen nicht mehr Ansehen, als die iedes andern Rechtsgelehrten. Widerspricht sie den Gesetzen, so kann in ihr kein Grund zur Kostenvergleichung liegen. Wie selten würde sonst der Fall eintreten, wo der Sachfällige die Proceßkosten tragen müßte. Denn eben das, was Cicero ehemals von den Philosophen sagte, ist auf unsere Rechtsgelehrten anwendbar: Es läßt sich keine absurde und ungereimte Meynung aufweisen, die nicht hie und da einen Vertheidiger gefunden haben sollte;

(i) "Non credendum commentatori, quantumuis magno, nisi quatenus eius rationes vrgeant. Hinc est, quod doctori, qui nihil allegat, non sit credendum vllo modo, etiam ipsimet glossae, ideo imputare sibi debet, qui nimium credulus fuit." Temmen de lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 43. Pufendorf introduct. in proc. civil. P. III. Cap. 22. §. 15. Cellische Oberappellationsgerichtsordn. P. II. Tit. 12. §. 12. Justizreglement §. 16.

sollte; nichts Unsinniges sich denken, dem man die Larve der Wahrscheinlichkeit nicht vorziehen könnte; (k) und womit man die Welt unter dem Gewande der Gerechtigkeit zu betrügen nicht vermöchte! — Nicht ieder Rechtsgelehrter ist tiefdenkender Kopf und rechtschaffener Mann zugleich; bald vermißt man dieses, bald ienes, und doch müssen beyde Erfordernisse zusammentreffen, wenn die behauptete Meynung nur einiges Gewicht haben soll. Da aber unsere Vernunft viel zu eingeschränkt ist, als daß wir vom Character eines Mannes immer das richtigste Urtheil fällen; so ergiebt sich auch hieraus, daß das Ansehen desselben auf die Richtigkeit einer Meynung, die er vertheidigt, durchaus keinen Einfluß haben könne. Und gesetzt, wir wären auch völlig überzeugt, daß alles dieß in Einem Manne aufs innigste verbunden sey, so ist doch nicht zu leugnen, daß auch er Mensch bleibe und eben so, wie andere, mannigfaltigen Fehlern und Irrthümern unterworfen sey. Welchen großen Einfluß kön-

(k) Martini a. a. O. n. 95.

können diese auf seine einmal gefaßte Meynung gehabt haben? Ist der streitende Theil thöricht genug, eine irrige Lehrmeynung in seiner Sache zum Grunde zu legen, ohne genau zu untersuchen, ob dieselbe unsern Rechten entspreche, und wirklich so unumstößlich sey, als es ihr Schöpfer behauptet, so macht er sich grober Fahrlässigkeit schuldig und kann der Verbindlichkeit zur Kostenerstattung sich nicht entziehen. Denn in so fern nicht von einer wirklich streitigen Rechtsfrage, sondern von blosem Misverständnisse der Gesetze die Rede ist, läßt sich nicht voraussetzen, daß der Sachfällige seines eingeschränkten Verstandes wegen auf eben den irrigen Abweg gerathen sey, welchen der betreten hat, auf dessen Meynung er sich beruft. Es ist eine zu ausgemachte Wahrheit, daß man gewöhnlich der Meynung eines angesehenen Rechtslehrers lieber blindlings folgt, als die Sache selbst überlegt. Daher haben wir mehrere specielle Landesgesetze, welche die ausdrückliche Vorschrift enthalten, daß die Kostenvergleichung wegen blofser Lehrmeynungen nie erkannt werden dürfe,

wenn

wenn der verlierende Theil nicht sonstige gute Gründe für sich habe, welche ihn von der temeritate litigandi entschuldigen möchten. (l) Im Gegentheile ist es freylich wahr, daß auch einige Proceßordnungen deutscher Provinzen die Kostenvergleichung zulassen. (m) Allein dieß Provinzialrecht darf billig kein Gerichtshof annehmen, dem solch' eine gesetzliche Vorschrift nicht gegeben ist.

§. 52.

β) Responsa iuris aa) an sich betrachtet;

Es fragt sich 2) **Ob und in wiefern günstige Rechtsbelehrungen** (consilia, responsa iuris) **dem verlierenden Theile in Ansehung der Proceßkosten zu statten kommen?** Sehr viele (a) sind der Meynung, daß

(l) Sachsen-Goth. Proceßordn. von 1776. I. 40. 8.

(m) Sachsen-Gothaische Proceßordnung v. 1704. I. 22. 2. Sachsen-Altenburgische Proceßordnung I. 40. 2. Schwarzburgische Proceßordnung III. 5. 2.

(a) Hierher gehören die in der ersten Note der vorhergehenden Paragraphen namhaft gemachten Schriftsteller.

daß diese allemal und ohne weitern Unterschied die Kostenvergütung nach sich ziehen müßten, weil alsdann der verlierende Theil wegen seines Processes die beste Vermuthung vor sich gehabt habe. Einige verlangen vnum excellentissimi doctoris viuentis consilium; (b) andere wenigstens duorum clarissimorum iuris doctorum consilia subscripta et sigillata; (c) wieder andere consilia talium doctorum, qui cum eruditione integritatem famae et conscientiae conjunctam habent; noch andere consilium a duobus subscriptum. (d) Allein ich halte dafür, daß man keine solcher Behauptungen, welche dennoch in manchen deutschen Provinzen

(b) Carpzov iurispr. forens. Part. I. Const. 31. def. 47. n. 5. Berlich a. a. O. Concl. 78. n. 31. Pestel de expens. victor. §. XI. n. 1. Gerichtsordnung der Fürstenthümer Ober- und Nieder-Bayern Tit. VIII. Ges. 7.

(c) Menoch a. a. O. Cas. 177. n. 5. Gerichtsordnung der Fürstenthümer Ober- u. Nieder-Bayern a. a. O. Summarischer Proceß der Fürstenthümer Ober- und Nieder-Bayern Tit. XI. Art. 8. Catzenelnbogische Gerichtsordnung VIII. 29. 4.

(d) Temmen de lit. exp. Cap. IX. Sect. 3. n. 62.

zen gesetzliches Ansehen erhalten haben, gerade zu annehmen könne, ohne in dieser oder jener Hinsicht auf Ungerechtigkeiten zu verfallen. Denn nicht alle Rechtsbelehrungen geben uns von der bona fide des Sachfälligen einen unumstößlichen Beweis.

Anders verhält sich die Sache, wenn man die Responsa an sich; anders wenn man sie in besondern Fällen betrachtet. Bleiben wir bey Ersterem stehen; so stimme ich dem Herrn Professor **Weber** darinn vollkommen bey, daß Rechtsbelehrungen ein höchst unsicheres Kennzeichen von der bona fide des verlierenden Theils sind, folglich keinen hinlänglichen Grund der Kostenvergleichung abgeben. (e) Wird 1) das Gutachten aus der Ursache verworfen, weil der Verfasser desselben in Beurtheilung der Thatsachen eines groben Irrthums sich schuldig gemacht hat, so

rc:

(e) Martini a. a. O. n. 107. Lauterbach de expens. victoriae th. 44. Pufendorf introd. in proceſſ. ciuil. Br. Lun. IV. 19. §. 18. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß §. 203.

reducirt sich am Ende eben derselbige Irrthum auch auf denienigen, welcher sich das Gutachten ertheilen ließ. Denn das mildert seine Schuld gar nicht, daß ein anderer in eben den Fehler gefallen ist, den er begangen hat. Beruht die Rechtsbelehrung vielleicht gar auf augenscheinlichem Mißverständniß der Gesetze oder auf Grundsätzen, welche schon lange als unrichtig verworfen sind, so verdient der verlierende Theil in diesem Betrachte eben so wenig Nachsicht, als wenn er in seinem Libelle auf dergleichen irrige Gesetzerklärungen oder Meynungen sich blos berufen hätte. (f) Beyde Fälle setzen immer einen errorem in iure voraus, und dieser darf nie einen streitenden Theil von der Kostenerstat-

rung

(f) "Quare praedicta regula, quod consilium „peritorum ab expensis excuset, limitatur, si con„sulentes in eligendis peritis culpam aliquam ad„miserint, inidoneosque elegerint. Arg. L. 31. „§. 12. D. de aedilit. edict. vel iniquo consilio caus„sam praebuerint, vel si consilii iniquitatem sciue„rint, vel scire debuerint." Martini a. a. O. n. 106. Lauterbach diss. academ. de consil. eorumque iur. P. II. Cap. 2. th. 5.

tung befreyen. — Sicher kann man allemahl vermuthen, daß der Verlierende die Unbillig-keit der Rechtsbelehrung eingesehen und sich auf solche Art eines bösen Vorsatzes schuldig gemacht habe; und sollte dieß in manchen Fäl-len zu hart geurtheilt seyn, so wird man ihn doch wenigstens von grober Fahrlässigkeit nicht ganz freysprechen können. **Leyser** glaubt in-dessen das Gegentheil und hält die Kosten-vergleichung auch alsdann für billig, wenn der Respondent gegen Rechtsgrundsätze gesprochen und der litigirende Theil dieses als wahr ange-nommen hat. (g) Allein weil error in iure iede bonam fidem ausschließt, so fällt diese Be-hauptung dadurch schon von selbst über den Hauf-fen. — Ueberdieß geben unsere Reichsgesetze die ausdrückliche Vorschrift, daß die so genann-ten Consilia und Responsa weder in referendo,

noch

(g) "Nec nocebit consultori, quod collegium, „a quo consilium petiit, vel per imperitiam, vel „per adsentationem contra iura respondit, si mo-„do ipse in bona fide et verosimili opinione fuit, „nec per falsa narrata, vt secundum se respon-„deretur, obtinuit." Leyser spec. LXXXVIII. Med. 1.

noch votando Ziel und Maas geben sollen. (h) Diese gesetzliche Bestimmung hat zwar eigentlich nur zur Absicht, daß der Richter die bey den Acten liegenden Rechtsbelehrungen nie als Vorschrift in Entscheidung der Hauptsache betrachten soll; in so fern dieselben aber von der bona fide des verlierenden Theils keinen tüchtigen Beweis abgeben können, läßt sich eben dieses auch auf den Kostenpunct anwenden.

Hierzu kommen 2) noch wichtige Umstände, welche das Ansehen der Rechtsbelehrungen oftmals weit herab setzen. Vorzüglich gehören hierher die außerordentlichen Kunstgriffe, wodurch streitende Theile und deren Anwälde ein günstiges Urtheil zu erschleichen suchen. Bald legen sie dem Rechtslehrer eine Geschichtserzählung vor, die so vortheilhaft, als es ihr Interesse nur verlangen kann, dargestellt ist; (i) sie erzählen wohl an sich richtige Thatumstände, wissen aber diese wieder so zu verwickeln,

(h) Neuester Reichsabschied §. 96.

(i) Seyfarths deutscher Reichsproceß Cap. XXXIII. §. 3.

wickeln, daß der Respondent in ein dunkles Labyrinth hineingeführt wird. Bald verschweigen sie die wichtigsten Puncte, welche der Sache ganz eine andere Gestalt geben und ein nachtheiliges Gutachten bewirken würden. Ja, was noch schändlicher ist, so findet man sehr oft, daß Parteyen ganz erdichtete, für sie selbst aber sehr vortheilhafte Thatumstände in die Geschichtserzählung zu verweben wissen. So ist es alsdann eine ganz natürliche Folge, daß der Rechtslehrer betrogen wird, und ohne Schuld ein ungerechtes Urtheil fällt. Auch ist es wohl nicht beyspiellos, daß der streitende Theil gerade von demjenigen Rechtslehrer ein Responsum sich erbittet, welcher, wie er voraus ganz sicher weiß, diejenige irrige Meynung, womit er die Sache durchzusetzen versucht, in seinen Vorträgen lehrt und vertheidigt. In allen diesen und ähnlichen Fällen wird ieder billig Denkende eingestehen, daß der verlierende Theil, ohnerachtet seiner günstigen Rechtsbelehrung, eben so, wie derjenige, welcher per sub- et obreptionem ein landesherrliches Rescript zu erschleichen gewußt

hat,

hat, (k) eines malae fidei sich schuldig mache und in die Kostenerstattung zu verurtheilen sey. (l).

Ueberdieß machen 3) Eigennutz, Gunst, Ungunst und alle Arten der Leidenschaften, welche auf Responsa und Consilia nicht selten Einfluß haben, das Ansehen derselben sehr verdächtig. Leyser (m) behauptet, daß die Rechtsgelehrten bisweilen zum Vortheil derer sprächen, welche sich eine Rechtsbelehrung ausgebeten haben; ia Seyfarth (n) geht noch weiter und meynt, daß dieß in den meisten Fällen geschehe, damit quaerens ein ander-

(k) Cap. 22. X. de rescript. (I. 3.)

(l) Leyser a. a. O. Cicero sagt sehr vortreflich: "Quum nihil tam incorruptum esse debeat in republica, quam suffragium, quam „sententia, non intelligo, cur, qui ea pecu„nia corrupuerit, poena dignus sit; qui elo„quentiae laudem etiam ferat. Mihi quidem hic „plus mali facere videtur, qui oratione, quam „qui pretio iudicem corrumpit, quod pecunia „corrumpere prudentem nemo potest, dicendo „potest."

(m) Leyser Spec. LII. medit. 7.

(n) Im Teutschen Reichsproceß Cap. XXXIII. §. 3.

dermal wiederkomme. (o) — Sollte man annehmen können, daß der Regel nach Gewinnsucht der kräftigste Bewegungsgrund zur Ertheilung eines günstigen Urtheils sey, so würde freylich der moralische Character unserer Facultätsmitglieder und Rechtsgelehrten in einem sehr schlimmen Lichte erscheinen. Allein nach meiner Ueberzeugung ist dieser Vorwurf zu hart. Ein Mann, der nur irgend einiges Gefühl für Rechtschaffenheit hat, wird nie vorsätzlich eine Rechtsbelehrung ertheilen, die mit seiner Ueberzeugung streitet; noch weniger ein ganzes Collegium in schlechten Ruf sich setzen. Der beträchtlichste Schaden würde doch am Ende denienigen immer treffen, welcher dergleichen widerrechtliche Responsa gegeben hätte. — Indessen ist es in anderer Rücksicht nicht ganz abzuleugnen, daß es unter Rechtsgelehrten, so wie in iedem andern Stande, schlechte Subiecte gebe, die durch Gewinnsucht zu den größten Ungerechtigkeiten sich verführen

las-

(o) "Hocce saeculo nihil facilius est, quam „vnius alteriusue doctoris consilium, vtut velis „venum, nummis habere." Temmen de lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 62.

lassen. Und in so fern läßt es sich wohl denken, daß streitende Theile auch noch in unsern Tagen durch Geld eben so gut Rechtsbelehrungen erhalten können, als man ehemals durch sogenannte Tapetennägel reichskammergerichtliche Urtheile zu erkaufen vermochte. Aus dieser Ursache enthalten mehrere specielle Landesgesetze die ausdrückliche Bestimmung, daß günstige Rechtsbelehrungen, wenn nicht bona fides des Sachfälligen auf andere Art aus den Acten erhelle, auf den Kostenpunct niemals Einfluß haben sollen. (p)

§. 53.

bb) in besondern Fällen.

Betrachten wir die Rechtsbelehrungen in besondern Fällen, so bin ich der Meynung, daß die Kosten in so fern compensirt werden müssen, als dieselben einen hinlänglichen Beweis

(p) Sachsen-Gothaische Gerichtsordnung von 1776. I. 60. 3. Brem- und Vehrdische Hofgerichtsordnung III. 9. 2. Untergerichtsordnung für die Herzogthümer Bremen und Vehrden Tit. IX. §. 5. Cellische Oberappellationsgerichtsordnung II. 13. 2. Wismar. Tribunalsordnung II. 39. 2. Hildesheimische Hofgerichtsordnung XXXIII. 2.

weis von der bona fide des verlierenden Theils enthalten. Dieser Fall tritt ein, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits, von dem die Rede ist, auf Beurtheilung verwickelter Thatumstände, oder Erklärung dunkler Gesetze beruht. Ist der streitende Theil über die Gerechtigkeit einer solchen Sache zweifelhaft, sendet an einen oder mehrere Rechtsgelehrten die unverfälschte Geschichtserzählung, und erbittet sich ein Gutachten über die Statthaftigkeit der Klage; so befreyt ihn das günstige Urtheil, welches er erhält, von der Kostenerstattung, im Fall er vor Gericht unterliegen sollte. Denn einer Rechtsbelehrung dieser Art kann man nicht nur keinen iener Vorwürfe machen, welche ich im vorhergehenden Paragraphen berührt habe, sondern es liegt auch sogar in derselben der überzeugendste Beweis von der bona fide des verlierenden Theils. (a) Der Herr Professor

(a) "Equidem compensationem expensarum „non improbamus prorsus, sed laudamus, et ad„mittimus interdum, tunc nempe, quum causa „dubium aliquod habet et consultor animo fu„turus ante, quam liti se committeret, peritio„res interrogauit. Temere hunc litigare, nemo

fessor **Weber** meynt zwar, es gehöre zu den seltenen Fällen und beynahe zu den Ausnahmen, daß iemand ein Responsum in der redlichen Absicht einhole, um nach demselben eine streitige Rechtsangelegenheit zu betreiben, oder aufzuheben. Allein daß diese Behauptung zu hart und überspannt sey, davon, hoffe ich, ist ieder billig Denkende überzeugt. Um ein System zu bilden, wie es der Herr Professor **Weber** aufstellt, mußte freylich der Character aller derer, welche Rechtsbelehrungen einholen, so tief herabgesetzt werden. — Will man indessen annehmen, daß in keinem einzigen rechtlichen Gutachten irgend ein Grund zur Kostenvergleichung liege, so muß man doch wenigstens zugeben, daß verwickelte Thatumstände, streitige Rechtsfragen, oder dunkle Gesetze, worauf die Entscheidung derienigen Rechtsangelegenheit beruht, in welcher iemand ein Responsum einholt, dieselbe immer zur Folge haben. Aus die-

„dixerit profecto aequus rerum aestimator." LEYSER spec. LXXXVIII. med. I. LAUTERBACH de expens. victor. thes. 44. MENOCH de arbitr. iudic. quaest. II. cas. 177. n. 5.

diesem Grunde kann selbst ein Richter, dem es vermöge seiner Landesgesetze verboten ist, in Absicht des Kostenpuncts auf Rechtsbelehrungen Rücksicht zu nehmen, dennoch in dergleichen Fällen ohne Bedenken die Proceßkosten compensiren. Der Herr Professor Weber würde mir zwar dagegen einwenden, daß in dem Falle, wenn das Gutachten des Rechtsgelehrten sammt den Gründen, worauf es sich stützt, in dem Urtheile verworfen wird, nunmehr die Meynung, welche der Verlierende für sich angezogen hat, als ein Irrthum in Ansehung der Gesetze zu betrachten sey; daß sich aber damit niemand entschuldigen könne, sobald es auf Vergütung des Schadens ankomme, welcher dem andern Theile durch die Kosten des Processes verursacht worden. Da ich aber bereits erwiesen habe, daß das förmliche Recht nicht immer errorem in iure begründe, so ist es wohl nicht nöthig, mehreres dagegen anzuführen. Es sieht ja ieder, daß von Seiten des verlierenden Theils kein Mißbrauch der richterlichen Hülfe existire, folglich auch keine Strafe erkannt werden könne.

§. 54.

γ) *Praeiudicia iuris.*

Noch ist 3) die Frage übrig: Ob die sogenannten *praeiudicia iuris* dem verlierenden Theile in Ansehung der Processkosten zu statten kommen? Dieß leugne ich völlig. Obgleich das römische Recht den gerichtlichen Entscheidungen, welche in mehreren Fällen ununterbrochen auf einerley Art ertheilt worden sind, gesetzliche Kraft beylegt; (a) und unsere Reichsgesetze ausdrücklich befehlen, daß das Kaiserliche Reichscammergericht in seinen Urtheilen die Praeiudicia Cameralia nicht außer Acht lassen dürfe; (b) so bin ich dennoch der Meynung, daß das Ansehen derselben in gewisse Gränzen einzuschränken sey. Betrachtet man die eben angeführte Stelle des römischen Rechts in dem Gesichtspuncte, worinn sie

(a) L. 38. D. de legibus. "Nam imperator noster Seuerus rescripsit, in ambiguitatibus, quae „ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut „rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere." Cramers Wezlarische Nebenstunden LXXVI. 6.

(b) Kaiserliche Cammergerichtsordnung Th. I. Tit. XVI. §. 5. Neuester Reichsabschied §. 136.

sie nothwendig zu betrachten ist; so wird man sicher dasienige in ihr nicht finden, was man eigentlich durch sie beweisen will. Kaiser Severus befiehlt, daß in dem Falle, wenn die Rechtsgelehrten über einen gewissen Punct verschiedener Meynung seyn sollten, die Richter in ihren Urtheilen nach den vorhandenen Präiudicien sich richten mögen. Um den Sinn dieser Verordnung recht zu fassen, versetze man sich in die Zeiten, wo sie gegeben wurde, und denke sich die damalige Verfassung der Justiz. Die Richter waren verbunden, nach den consiliis und responsis der sogenannten Prudentum, die ihnen zur Seite saßen, bey Abfassung ihrer Urtheile sich zu richten. (c) Waren auch diese in ihren Meynungen getheilt, so hatte Papinian ein votum decisiuum. (d)

Da-

(c) Gellii noct. att. Lib. XII. Cap. 13. Sigonius de antiquo iure ciu. Rom. II. 18. Idem de antiquo iur. prou. II. 5. §. 8. Instit. de I. N. G. et C. "Responsa Prudentum sunt sententiae et opi-„niones eorum, quibus permissum erat, de iure „respondere — quorum omnium sententiae et „opiniones eam auctoritatem tenebant, vt *iudici „a responsis eorum recedere non liceret.*"

(d) L. vn. C. Theodos. de respons. prud.

Damals hieng also die Auctorität der Präiudicien vom Ansehen der Rechtsgelehrten ab, und in so fern, als diese eigentlich Gesetzgeber waren, (e) hatten iene gesetzliche Kraft. Aber wie sehr haben sich seit iener Zeit die Umstände geändert! Wir finden heutiges Tags keine Prudentes, deren consilia und responsa gesetzliches Ansehen haben, keinen Richter, dessen Urtheil neue Rechte festsetzen kann. Der Nachfolger im richterlichen Amte hat folglich keine Verbindlichkeit, in ähnlichen Fällen so zu urtheilen, wie seine Vorfahren thaten, sobald er einsieht, daß die Entscheidungen derselben auf einen errorem in iure sich gründen. Denn dadurch, daß seit mehreren Jahren verrechtliche Urtheile erfolgt sind, entsteht noch kein Gewohnheitsrecht. (f) Richter sind Men-

(e) §. 8. Instit. de I. N. G. et C.

(f) L. 39. D. de LL. "Quod non ratione introductum, sed *errore* primum, deinde *consuetudine* obtentum est, *in aliis similibus non obtinet*." L. 1. C. quae sit longa consuet. "Nam *et consuetudo praecedens, et ratio*, quae consuetudinem suasit, custodienda est." Sehr schön sagt Berger in Elect. Proc. proc. th. 12. und 13. "Sa-

"ne

Menschen, und können irren. Weil nun alles, was anfangs durch Irrthum entstanden, und auf solche Art nach und nach zur Gewohnheit geworden ist, auf ähnliche Fälle durchaus nicht angewendet werden darf, so gaben schon Roms Gesetzgeber dem Richter die weise Vorschrift, bey Entscheidung streitiger Rechtsangelegenheiten an gesetzwidrige Rechtssprüche sich nicht zu binden, sondern lediglich nach Wahrheit, Gesetzen und Gerechtigkeit zu urtheilen. (g) Da nun auch streitenden Theilen die

„ne multitudo errantium non parit veritati prae-
„iudicium, neque illud efficit, vt aduersam iu-
„ris analogiae, imo rectae rationis principiis
„sententiam, solo obseruantiae forensis obtentu
„tenaciter sectari debeamus. — Consuetudo pro-
„nunciandi irrationabilis nullo vel temporis de-
„cursu, vel rerum vsu defendi aut sustineri pot-
„est." Pufendorf proc. ciu. P. III. Cap. 22. §. 6. Seyfarths deutscher Reichsproceß Cap. XXIII. §. 4. Griebner de obseruant. colleg. iurid. in opuscul. Tom. IV. Sect. 2.

(g) L. 13. C. de sentent. et interlocut. (VII. 45.) "Nemo iudex vel arbiter existimet, ne-
„que consultationes, quas non rite iudicatas es-
„se putauerit, sequendum et multo magis senten-
„tias eminentissimorum praefectorum, vel alio-
„rum procerum (non enim, si quid non bene di-
„rimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium ex-

die Verbindlichkeit obliegt, ihre Rechtssachen nach den Gesetzen des Landes zu beurtheilen, so kann es ihnen zu keiner Entschuldigung dienen, wenn sie das, was allenfalls dieser oder iener Richter übel geurtheilt haben mag, ohne weitere Untersuchung als wahr angenommen und auf einen ähnlichen Ausspruch gehofft haben. Denn ein richterliches Urtheil, welches den Gesetzen widerspricht, kann den verlierenden Theil eben so wenig, als ein widerrechtliches Responsum vom Vorwurfe einer ungerechten Streitsucht befreyen. Werden vielleicht gar die Thatumstände verschieden, oder die Rechtsgründe der beygebrachten Entscheidungen unanwendbar befunden, so verdient der grobe Irrthum, dessen der streitende Theil sich schuldig gemacht hat, durchaus keine Nachsicht. Kurz, man mag die Sache betrachten, wie man will, so wird man finden, daß in dergleichen Präiudicien, gegen welche das richterliche

„tendi oportet, *quum non exemplis, sed legibus „iudicandum sit*,) neque si cognitionales sint amplissimae praefecturae, vel alicuius maximi ma„gistratus prolatae sententiae; sed omnes iudices „nostros *veritatem* et *legum* et *iustitiae* sequi ve„stigia sancimus."

liche Urtheil ausfällt, kein rechtlicher Grund der Kostenvergleichung liege. (h)

§. 56.

III) Vom Grunde der Verurtheilung in die Proceßkosten und deren Compensation, welcher im richterlichen Urtheile liegt; — 1) das zum Theil günstig ausgefallen ist, a) wegen der verschiednen Gegenstände des Processes,

Noch ist die letzte Hauptfrage übrig: **In wiefern kann ein günstiges Urtheil des Richters die Kostenvergleichung nach sich ziehen?** Hier läßt sich ein gedoppelter Fall denken. Entweder ist der Ausspruch des Richters nur in einem und dem andern Puncte, oder überhaupt zum Vortheil des streitenden Theils ausgefallen.

Bleiben wir bey Ersterem stehen, so fragt es sich: **Was ist in Ansehung der Proceßkosten Rechtens, wenn der Rechtsstreit aus verschiedenen Puncten besteht und das richterliche Urtheil theils für die eine, theils für die andere Proceßführen-**

de

(h) Weber §. 11. n. 1.

de Partey entscheidet? Einige halten hier die Kostenvergleichung ohne weitern Unterschied für gerecht, weil ieder der litigirenden Theile in Rücksicht des gegen ihn entschiedenen Puncts als temerarius litigator zu betrachten sey. (a) Andere hingegen sind der Meynung, daß man nach einem zweckmäßigen Verhältnisse; (b) oder nach dem Grade des Versehens, welches beyde Theile begangen haben, die Kosten compensiren müsse. (c) Noch andere behaupten, es

(a) Anton Faber in Codic. ad tit. de fructibus et lit. expensis, def. 30. n. 4. Anmerkungen über den Codicem iuris Bauarici iudiciar. a. a. O. Mevius P. VII. decis. 141. n. 1. Martini commentar. forens. a. a. O. n. 125. Leyser Specim. LXXXVIII. med. 4. Lauterbach de expens. victor. th. 48. in fine. Temmen de lit. expens. Cap. IX. Sect. 2. n. 16. in fine. Zoll de lit. expensar. refus. §. XXIV. n. 1. Böhmer Consult. et decis. Tom. II. P. 2. dec. 1100. n. 13.

(b) Carpzov proc. Tit. XXIV. Art. 1. n. 20. Carpzov Iurisprudent. forens. P. I. Const. 31. def. 25. Mencken processus iuris communis P. II. Tit. 36. §. 14. Martini a. a. O. n. 83. Anton Faber in Cod. Lib. VII. Tit. 18. def. 27. 44. 65. und 83. Oelze gerichtliche Praxis §. 288.

(c) Seyfarth de compensat. expensar. Cap. I. §. 9.

es sey die Kostenerstattung dem Verlierenden immer aufzulegen, gesetzt auch, daß er in Rücksicht einer minder beträchtlichen Nebensache obgesiegt hätte.

Da aber der Proceßführende Theil in Rücksicht desienigen Streitpuncts, welcher gegen ihn ausgefallen ist, bald in bona, bald in mala fide seyn kann, so sieht wohl iedermann, ohne mein Erinnern ein, daß die Sache nicht nach Masgabe des Siegs oder Unterliegens, sondern überhaupt nach den allgemeinen Grundsätzen von Erstattung der Kosten und deren Compensation zu beurtheilen sey. Hauptsächlich kömmt es hier, wie der Herr Professor **Weber** sehr richtig sagt, auf zwey Dinge an. **Einmal**: Ob derienige, welcher sonst in der Sache obsiegt, in den andern Puncten, welche wider ihn entschieden sind, seinem Gegner wirklich besondere Kosten verursacht habe? Und wenn dieses ist, so muß **zweytens** untersucht werden, was bey iedem der einzelnen Puncte, welche theils für die eine, theils für die andre Partey entschieden werden, an sich betrachtet in Ansehung der Kosten Rechtens sey.

Hier-

Hiernächst lassen sich folgende Regeln festsetzen:

I) Wer in Rücksicht des gegen ihn entschiedenen Puncts entweder aus Bosheit, oder grober Nachlässigkeit, eines Mißbrauchs der richterlichen Hülfe sich schuldig gemacht hat, muß alle Kosten tragen, die dem andern dadurch verursacht worden sind; — und nur in so fern, als dieser durch ein gleiches Versehen widerrechtlichen Kostenaufwand veranlaßt hat, kann eine verhältnißmäßige Abrechnung statt haben.

Ist also 1) **auf beyden Seiten** ein gleicher Mißbrauch der richterlichen Hülfe vorhanden, so sind entweder diejenigen Streitpuncte, worinn iemand obgesiegt hat, ohne beträchtlichen Aufwand ausgemacht worden, hingegen die Kosten der frevelhaft verfochtenen Streitpuncte überwiegend; oder der Kostenbetrag ist sich völlig gleich. Im erstern Falle müssen die auf ieden besondern Punct aufgegangene Kosten so genau, als möglich, bestimmt, und deren Bezahlung dem verlierenden Theile auferlegt werden; läßt sich dieses aber nicht füglich thun, so ist die Kostenerstattung wenigstens nach dem bestmöglichsten Verhältnisse festzusezzen.

zen. (d) Wenn zum Beyspiele die Sache aus Forderungen und Gegenforderungen besteht, und diejenigen Puncte, bey welchen der eine Theil obsiegt, von nicht großem Betrage und ohne große Weitläuftigkeiten ins Licht gesetzt worden sind, diejenigen aber, bey welchen ein widriges Urtheil erfolgt ist, weitläuftige und kostbare Instructionen verursacht haben; so ist es die größte Ungerechtigkeit, welche der Richter begehen kann, wenn er die Kosten des ganzen Processes compensirt. Im leztern Falle hingegen leidet die Compensation der Kosten kein Bedenken. Auf beyden Seiten ist gleiches Vergehen; gleicher Kostenaufwand. — Was ist natürlicher, als daß beyde sich aufheben.

(d) Corp. iur. Frider. a. a. O. §. 3. n. 2. Mein verehrungswürdiger Lehrer, der verdienstvolle Herr Hofrath **Claproth** hält in dem Falle, wenn eine Sache aus mehreren Puncten besteht, deren einige zu=, andere aber aberkannt werden, die Kostenvergleichung für das sicherste Mittel; wenn aber die Kosten der frevelhaft verfochtenen Streitpuncte beträchtlich überwiegend sind, eine Theilung für nicht unbillig. S. Desselben Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß, Th. II. §. 203. n. 7.

heben. (e) Hat 2) nur einer der streiten-den Theile des Mißbrauchs der richterlichen Hülfe sich schuldig gemacht, so muß er als Verlierender alle Kosten tragen, die ihm wegen derjenigen Puncte, worinn er sachfällig geworden ist, den Rechten nach wirklich zur Last fallen; und als obsiegender Theil kann er von seinem Gegner keine Kostenerstattung verlangen. Man setze zum Beyspiel den Fall, (welchen der Herr Professor Weber anführt,) daß die Klagesache wider den Beklagten dergestalt ausfällt, daß er billig in die Kosten zu verurtheilen ist, hingegen in der Wiederklage gewinnt er zwar, iedoch so, daß die Proceßkosten eigentlich den Rechten nach dabey zu vergleichen sind: so ist es offenbar ungerecht, wenn die Kosten durchgängig compensirt werden, da dieses doch eigentlich nur in Ansehung der Wiederklage geschehen kann, und Beklagter übrigens in die Kosten der Conventionssache verurtheilt werden muß. (f) 11) Ist keinem der streiten-

den

(e) Temmen de lit. expens. sagt am angeführten Orte n. 16 sehr treffend: "Debitum aequale compensatio requirit."

(f) Temmen de lit. expens. a. a. O. am Ende.

den Theile in Rücksicht derjenigen Puncte, welche gegen ihn ausgefallen sind, eine frevelhafte Streitsucht beyzumessen, so sind die Kosten durchgängig zu compensiren.

Indessen ist bisweilen auch derjenige, welcher in der Hauptsache verloren hat, in die Kosten des ganzen Processes zu verurtheilen, wenn er gleich in einigen Nebenpuncten gewinnet, welche keine neue und absonderliche Kosten, die nicht auch sonst hätten aufgewendet werden müssen, veranlaßt haben. Man nehme zum Beyspiele an, daß iemand von einem gerechten Urtheile friuole appellirt und nebst andern verwerflichen Beschwerden gegen die Legitimation des Procurators gegründete Einreden gemacht hat, so kann der Sieg über diesen minder beträchtlichen Umstand, wenn sonst die Appellation verworfen wird, auf den Kostenpunct keinen Einfluß haben. Denn blos durch das Verschulden des Appellanten sind alle Kosten der Appellationsinstanz veranlaßt worden. (g)

Ueber-

(g) Leyser med. ad Pandect. Spec. LXXXVIII. med. 4.

Ueberhaupt darf der Richter bey verschiedenen Streitpuncten niemals aus Bequemlichkeit die Kostenvergleichung da erkennen, wo zwar keine ganz genaue, wohl aber doch eine verhältnißmäßige Theilung möglich ist.

§. 56.

b) wegen einer geschehenen Zuvielforderung.

α) nach älterem Rechte;

Hier verdient die Frage erörtert zu werden: **Was ist in Ansehung der Kosten Rechtens, wenn von Seiten des Klägers eine Zuvielforderung geschehen ist?** Anders verhält sich die Sache nach altem römischen, anders nach heutigem Rechte. Wer in den ältern Zeiten des römischen Reichs re, tempore, loco, oder cauſſa mehr forderte, als ihm zu erweisen möglich war, verlohr den ganzen Proceß, und mußte überdieß alle Kosten tragen. Denn da er, den Gesetzen nach, als ein solcher anzusehen war, welcher seinen Gegner ohne Grund vor Gericht gezogen hatte, so fällte der Richter ein absolutorisches Urtheil. Auf diese Art bekam der Beklagte

die

die Einrede des rechtskräftigen Urtheils, welche er in der Folge dem Kläger, der es wagte, ebenderselben Forderung wegen einen neuen Proceß vor Gericht anhängig zu machen, iedesmal mit dem besten Erfolge entgegen stellen konnte. (a) Nichts, als die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche der gerechtesten Ursache wegen ertheilt worden war, vermochte dergleichen höchst nachtheilige Wirkungen zu heben. (b) Nach neuerem Rechte fand die actio in triplum damni dati gegen den statt, welcher eine Pluspetition begangen hatte; (c) und wenn die-

(a) §. 10. *Inſtit. de except.* "Si intra tempus „egerint, obiectaque sit exceptio, neque eo „iudicio quidquam consequebantur, propter ex„ceptionem; neque post tempus olim agere pot„erant, quam *temere* rem in iudicium deducebant „et consumebant, qua ratione rem amittebant."

(b) §. 33. *Inſtit. de action.* "Si quis agens inten„tione sua plus complexus fuerit, quam ad eum „pertineat, caussa cadebat, id est, rem amitte„bat, nec facile in integrum restituebatur a „praetore, nisi minor erat XXV. annis. Sane „si tam magna caussa iusti erroris interueniebat, „vt etiam constantissimus quisque labi posset, et„iam maiori XXV. annis succurrebatur."

(c) §. 24. *Inſtit. de action.*

dieſelbe in einer zu früh verlangten Zahlung beſtand, ſo wurde die Friſt, binnen welcher der Beklagte entweder nach der Natur der Sache, oder einer geſchehenen Verabredung bezahlen mußte, zur Strafe noch einmal ſo weit hinausgeſetzt. War dieſer Termin verſtrichen, ſo ſtand es dem Gläubiger frey, nunmehr ſeine Forderung auszuklagen; allein er wurde vor Gericht nicht eher gehört, bis er ſeinem Gegner alle Koſten des erſteren Proceſſes erſetzt hatte. (d) Auch das geiſtliche Recht folgt den Grundſätzen der Römer. (e)

§. 57.

(d) *§.* 10. *I. de exception.* "Et poſt inducias „finitas non aliter litem ſuscipiant, *niſi omnes* „*expenſas litis antea acceperint*, vt actores tali „*poena* perterriti tempora litium doceantur ob„ſeruare." S. den Titel des Codicis de plus-petition. S. Temmen de lit. expenſ. Cap. VIII. Sect. 4. n. 8.

(e) *Cap. vnic. X. de plus petitione.* "Punitur „enim importunitas plus petentium, ſi ſuper pe„titione ſua duxerint in iudicio perſiſtendum, „ita quod qui repetunt amplius ſine cauſſa, in „expenſis aduerſario condemnantur. Qui autem „plus *loco*, ad intereſſe tenentur, pro eo, quod „vtilitas adimitur debitoribus, quam haberent, „ſi ſtatuto loco ſoluiſſent. Ei vero, a quo am„plius *tempore* petitur, induciae duplicantur, nec „litem excipiet, niſi ei ſoluantur *expenſae*."

§. 57.

β) nach heutigem Rechte.

Der heutige Gerichtsgebrauch hat hierinn vieles geändert. Wer die Bezahlung zu früh verlangt, wird mit seinem Gesuche abgewiesen und in die Kosten verurtheilt, weil er voriezt wenigstens in mala fide ist. (a) Hingegen bleibt ihm die Befugniß, zu rechter Zeit seine Ansprüche durch richterliche Hülfe geltend zu machen, unbenommen.

Was die Zuvielforderung, in Rücksicht der Summe, betrifft, so giebt es zwar mehrere Rechtsgelehrten, welche den Beklagten vom Ersatze der Kosten durchgehends freysprechen; (b) indessen erfordert die Natur der Sache richtigere Bestimmungen.

I) Wenn

(a) Nach **Fridericianischem** Rechte sind auch alsdenn die Kösten zu compensiren, wenn der Kläger die Sache oder Summe früher, oder an einem andern Ort, allwo sie ihm wirklich zukömmt, verlangt hat. S. Corp. Iur. Frider. a. a. O. §. 3. n. 1.

(b) Pestel de expens. victor. §. XI. n. 6. Zoll de litis expensarum refusione §. XXVI. n. 6. Thomas Entwurf der Fuldischen Gerichtsverfassung §. 75.

1) Wenn der Beklagte das, was dem Kläger am Ende durch das richterliche Urtheil zuerkannt wird, gleich zu Anfang des Processes und in der Antwort auf die Klage einräumt, so sind die Kosten der Regel nach zu compensiren. (c) Der Herr Professor **Weber** behauptet zwar, daß in solchem Falle der Kläger in die Kosten zu verurtheilen sey, weil er in dem eigentlichen Streite verloren habe; (d) allein in sofern beyden Theilen gleiche Schuld beyzumessen ist, steht dieses mit Recht und Billigkeit in offenbarem Widerspruch. Denn wenn sich der Beklagte wegen der wirklichen Forderung unnöthig hat verklagen lassen, so kann ihm die von Seiten des Klägers geschehene Zuvielforderung in Rücksicht der Kosten nicht zu statten kommen. Beyde müssen für ihr Vergehen büßen. Sollte aber der Beklagte zu Zahlung dessen, was dem Kläger durch

(c) Anton Faber in Cod. tit. de plus petit. def. 1.

(d) **Weber** über die Proceßkosten §. 14. S. 154. Diese Meynung ist im Corp. Iur. Frider. a. a. O. §. 4. n. 1. Sachsen-Goth. Proceßordn. v. 1776. I. 40. 3. Sachsen-Altenburg. Proceßordn. I. 40. 3. angenommen.

durch Urtheil und Recht iezt zugesprochen wird, außergerichtlich sich schon erboten haben, so fallen die Proceßkosten dem Kläger zur Last, weil nur auf dessen Seite eine ungerechte Proceßführung zu denken ist.

Begnügt sich der Kläger mit demienigen nicht, was ihm der Beklagte vor Gericht sogleich einräumt, sondern sezt den Proceß wegen des Zuvielgeforderten aus Bosheit oder grober Fahrlässigkeit fort, so ist er auf den Fall, wenn ihm durch Urtheil und Recht keine größere Summe zuerkannt wird, von diesem Zeitpuncte an als ungerechter Proceßführer zu behandeln und in alle Kosten zu verurtheilen, welche seit ienem Anerbieten vom Beklagten verwendet worden sind. (e) Hiernach kann man beurtheilen, was in Ansehung der Kosten Rechtens sey: 1) wenn dem Kläger beym

Ver-

(e) Voet Commentar. in Digesta V. 1. 25. Paul. Voet. ad §. 3. Instit. de action. Nach einigen Proceßordnungen deutscher Provinzen fallen dem Kläger alle Proceßkosten zur Last. S. Churſächsische Proceßordnung Tit. V. §. 8. Sachsen-Gothaische Proceßordnung P. I. Cap. 15. §. 15. Corp. Iur. Frid. a. a. O. §. 4. n. 1.

Versuch der Sühne vom Gegentheile, oder auch, mit dessen Beystimmung, vom Gerichte gewisse Vergleichsbedingungen angeboten werden, er aber solche ausschlägt und das nachherige Urtheil eben so, oder noch nachtheiliger für ihn ausfällt; (f) 2) wenn der Kläger anfänglich eine Zuvielforderung begangen hat, und erst beym Versuch der Sühne die Herabsetzung seiner Forderung bis zu deren rechtmäßigem Betrage sich gefallen läßt, der Beklagte hingegen auch nach dieser Moderation zu seiner Schuldigkeit sich nicht verstehen will. (g) In beyden Fällen müssen die Kosten bis zum Zeitpunct der versuchten Sühne compensirt, und der ungerechte Proceßführer nur in diejenigen, welche nachher aufgelaufen sind, verurtheilt werden.

II) Wenn der Beklagte widerrechtlich die ganze Forderung leugnet, so ist er wegen seiner malae fidei in die sämmtlichen Kosten des Pro-

(f) Nach Fridericianischem Rechte muß der Kläger in diesem Falle alle Kosten tragen. S. Corp. iur. Frider. §. 4. n. 2.

(g) Corp. iur. Frid. §. 4.

Processes zu verurtheilen; (h) sollten ihm aber durch dasienige, was dem Kläger in der Folge abgesprochen wird, noch mehrere Kosten, als er sonst gehabt haben würde, verursacht worden seyn, so findet eine verhältnißmäßige Compensation der Kosten statt. (i) Einige Rechtsgelehrten, welche insonderheit auf das römische Recht Rücksicht nehmen, sind gleichwol der Meynung, daß hier ohne Bedenken die Kosten zu compensiren wären, weil der Beklagte bey einer unrichtigen Angabe der Forderung die Befugniß habe, die ganze Summe abzuleugnen. (k) So sagt zum Beyspiele **Temmen**: "Tamen non discedo ab opinione communi, quum actor quoque in culpa „sit, iuxta Cap. vnic. X. de plus petitione, „vbi

(h) Erläuterungen und Verbesserungen der Churſächsischen Proceßordnung Tit. V. §. 8. Sachsen-Gothaische Proceßordnung von 1776. I. 15. 15. und I. 40. 3. Sachsen-Altenburgische Proceßordnung I. 40. 3.

(i) Corpus iur. Frider. a. a. O. §. 3. u. 1. **Weber** a. a. O. S. 154 und 155.

(k) S. Temmen de lit. expens. IX. 1. 8. Zoll de lit. expensar. refus. XXV. 3.

„vbi plus repetens in expenſas condemnatur,
„vt ſic peccatum vtrinque cenſeri poſſit,
„quod compenſationem expenſarum inducit,
„quia doloſus doloſo non tenetur, et ſic licet
„fallere fallentem fraudemque repellere frau-
„de habuitque reus iuſtam litigandi cauſſam
„ſaltem ſuper parte non debita, maxime, quod
„actor ad iudicium paratus venire debeat, et
„ſcire, quantum ſibi debeatur; videtur enim
„vtrumque victorem ſimul et victum eſſe,
„actorem in parte debita, et reum a parte in-
„debita abſolutum." (l) **Faber** hingegen macht einen Unterſchied, ob die Zuvielforderung in Rückſicht einer Summe, oder eines Individuums, z. B. eines fundi, begangen ſey. In dieſem Falle will er die Koſten compenſirt, in jenem aber den Beklagten in deren Er-

(l) TEMMEN de lit. expenſ. IX. 1. 13. MENOCH de arbitrar. iudic. quaeſt. ſagt ebenfalls: "Cauſſa expenſarum compenſationis eſt, quum „actor petiit plus debito, nam tunc habet reus „iuſtam cauſſam litigandi ſuper toto. Diſſentit „tamen ab hac ſententia ROBER. AUREL. Rem „hanc exactius non explico, *vix enim fit, vt „ab inueterata et recepta opinione in iudiciis re-„cedamus.*"

Erstattung verurtheilt wissen. (m) Der Grund dieser sonderbaren Lehre liegt in der Behauptung, daß derjenige, welcher auf eine Summe klagt, ieden einzelnen Theil derselben in Anspruch nehme, (n) folglich der Beklagte nicht berechtigt sey, das Ganze abzuleugnen, welches ihm iedoch bey einem Individuum, wegen dessen Untheilbarkeit, frey stehe.

Diese Meynungen sind gänzlich ungegründet. Gesetzt, daß der Kläger zu viel fordert, so darf doch der Beklagte niemals gegen seine Ueberzeugung dasienige ableugnen, was er wirklich schuldig ist, niemals die Ausmittelung der Wahrheit geflissentlich verhindern; widrigenfalls macht er sich einer vorsätzlichen Verschleppung der Sache schuldig, und muß für alle Kosten stehen, die er mala fide veranlaßt hat. — Gesteht er am Ende die wahre Forderung ein, und der Kläger nimmt dieselbe ohne Widerrede an, so ist es ia augenscheinlich, daß der ganze Proceß im ersten Termine hätte

(m) Faber in Cod. tit. de plus petit. def. 1.
(n) Cap. 35. de reg. iur. in 6.

hätte beygelegt werden können, wenn beyde Theile gleichredlich zu Werke gegangen wären. In dieser Hinsicht erscheint also der Kläger als redlicher Proceßführer; ein wahrscheinlicher Irrthum war die Ursache der geschehenen Plus-petition; aber den Beklagten stellt das richterliche Urtheil als einen solchen dar, welcher die gemeinnützige Anstalt der Gerichtshülfe zu unedlen Absichten gemißbraucht hat. — Betrachtet man die Sache in diesem Gesichtspuncte, so glaube ich nicht, daß das Gericht den Vorwurf der Härte verdiene, wenn es den Beklagten in die Erstattung aller Kosten verurtheilt und wegen des frevelhaften Leugnens mit einer willkührlichen Strafe belegt.

§. 58.

2) das überhaupt günstig ausgefallen ist, aber seine Rechtskraft verloren hat, a) wegen der ergriffenen Appellation.

Ich komme nun zur zweyten Frage: **Was ist in Ansehung der Kosten Rechtens, wenn der verlierende Theil in derselbigen Sache, welche iezt entschieden wird, überhaupt ein günstiges Urtheil vor sich hat?**

hat? Dieß kann auf verschiedene Art beantwortet werden, ie nachdem man auf die Natur desienigen Rechtsmittels, wodurch ein solches Urtheil seine rechtliche Kraft verloren hat, Rücksicht nimmt. Es fragt sich daher:

1) **Was ist in Ansehung der Kosten Rechtens, wenn das Urtheil des Unterrichters in der Appellationsinstanz abgeändert wird?** Sehr viele halten hier die Compensation der Proceßkosten durchgängig für äußerst billig und gerecht, weil theils das Ansehen des erstern Urtheils den Verlierenden gegen den Vorwurf einer ungerechten Proceßführung hinlänglich sichere, theils aber auch selbst der höhere Richter das vorige Urtheil oftmals widerrechtlich abändere. (a) Mehre-

rc

(a) Vivius Lib. I. decis. 47. n. 5. Klock Vol. II. Consil. 4. n. 213. Menoch de praesumtionibus Lib. II. Praes. 67. n. 22. und 24. Mynsinger respons. I. n. 23. Gail I. obs. 152. n. 5. I. obs. 110. n. 6. Voet Comment. in Pandect. XLII. 1. 22. Böhmer Consult. et decis. Tom. III. P. 2. decis. 218. n. 11. sq. Mevius Part. III. decis. 316. Carpzov in proc. Tit. XXIV. Art. 1. §. 13., in iurisp. forens. Part. I. Const. 31. def. 20. Martini Commentar. forens. a. a. O. n. 114. 118. und 120. Pestel de expens. victor. §.

VIII.

re Proceßordnungen deutscher Provinzen enthalten sogar die ausdrückliche Vorschrift, daß derjenige, welcher einmal einen Spruch für sich hat, vom Oberrichter niemals in die Gerichtskosten verurtheilt werden könne; (b) einige derselben nehmen iedoch den einzigen Fall aus, wenn das vorige Urtheil keinen Grund in den Rechten gehabt hat. (c) Andere hingegen vertheidigen die Kostenvergleichung nur alsdann, wenn das vorige Urtheil aus neuen, in den vorigen Instanzen nicht verhandelten Grün-

§. VIII. Lauterbach de expens. victor. § XX. Seyfarth de compensatione expensar. Cap. II. §. 13. Seyfarths deutscher Reichsproceß Cap. XXXIII. §. 3. Thomas Entwurf der Fuldischen Gerichtsverfassung §. 75. not. c.

(b) Allgemeine Gerichtsordnung für die böhmischen österreichischen deutsch. Erblande §. 400. Gemeines Landrecht des Fürstenthums Würtemberg Th. I. S. 148. Gebesserte und vermehrte Hofgerichtsordn. des Fürstenthums Würtemberg Th. III. Tit. 27. Sachsen-Gothaische Proceßordnung von 1704. P. I. Cap. 22. §. 2. Sachsen-Gothaische Proceßordnung von 1776. I. 40. 2. Sachsen-Altenburgische Proceßordnung P. I. Cap. 40. §. 2.

(c) Cellische Oberappellationsgerichtsordnung P. I. Tit. 13. §. 1. Wismarische Tribunalsordnung Th. II. Tit. 29. §. 2. Hildesheimische Hofgerichtsordnung Tit. XXXIII. §. 2.

Gründen abgeändert worden. (d) Wieder andere sind der Meynung, daß derjenige, gegen welchen das Urtheil der Appellationsinstanz ausfällt, allemal in die Kosten des ganzen Processes zu verurtheilen sey. (e) Allein im abgeänderten Urtheile, an sich betrachtet, kann durchaus kein rechtlicher Grund zur Erstattung der Kosten, oder deren Compensation liegen, weil uns dasselbige von der bona oder mala fide des streitenden Theils keinen unverwerflichen Beweis zu geben vermag. Blos aus der Sache selbst und deren Beschaffenheit läßt sich bestimmen,

ob

(d) "quod condemnatus ex actis primae instantiae in iure erraſſe videatur, quum ſcire debuerit, ſe iniuſtam fouere cauſſam iniuſta ſententia obtentam, adeoque ſe temere litigare." Pestel de expenſis victoriae §. VIII. Cothmann Vol. I. reſp. 60. n. 145. Mynsinger Centur. II. obſ. 89. Berlich Concl. LIV. n. 35. Schoepff de proceſſu ſummi adpellationum tribunalis Ducat. Würtemb. Cap. XVIII. §. 1. Brunnemann proc. ciuil. Cap. XXVII. n. 78. Cap. XXVIII. n. 106. Stryck. vſ. modern. §. 19. de adpell. Lyncker reſol. 161. Martini a. a. O. n. 116. und 117. Mehrere ſind in Temmen de lit. exp. Cap. VIII. Sect. 4. n. 25. und Lauterbach de expenſ. victor. §. XX. namhaft gemacht.

(e) S. die bey Temmen de lit. expenſ. Cap. VIII. Sect. 4. n. 24. angeführten Schriftſteller.

ob dem verlierenden Theile eine ungerechte Proceßführung beyzumessen sey, oder nicht. Und hiernach hat man sich alsdann in Ansehung des Kostenpuncts zu richten. (f) Das nämliche sagt der Herr Professor **Weber**. (g) Da er aber bey näheren Bestimmungen theils unrichtige Grundsätze in Anwendung bringt, theils die Kostenvergleichung in gesetzwidrige Gränzen einzuschränken sucht, so halte ich es für nöthig, die eigenen Worte desselben hier einzurücken.

"Durch das eingewandte Rechtsmittel, sagt „er, und die darauf erfolgte richterliche Abände„rung ist ia dem vorigen Urtheile alle Kraft be„nommen, und es kann daher auch den verlieren„den Theil von einer Verbindlichkeit, die ihm den „Rechten nach obliegt, nicht befreyen. Vermöge „des nachfolgenden Urtheils, welches ihn sach„fällig erklärt, muß er als ein solcher behan„delt werden, der durch widerrechtlichen Streit „das vorige Urtheil und eben dadurch auch den

(f) Gerichtsordnung der freyen Reichsstadt Bremen P. II. Tit. 24. §. 4.

(g) **Weber** über die Proceßkosten §. II. n. 2.

„den Schaden veranlasset hat, welchen sein „Gegner an aufgewendeten Kosten erlitten hat. „Die Verbindlichkeit, diesen Verlust zu ersetzen, „ist so natürlich, daß es eine wahre Ungerech„tigkeit mit sich führt, wenn man denienigen „davon befreyen will, der durch unrichtige Vor„träge den Richter voriger Instanz zu seinem „Vortheile einzunehmen gewußt hat. (h) Sonst „findet man kein Bedenken, denienigen zum „Ersatz des Schadens anzuhalten, auf dessen „Geheiß oder Verlangen etwas geschehen ist, „welches einem andern zum Nachtheil gereichet. „Hingegen ein widerrechtliches Urtheil, und „dergleichen ist doch der abgeänderte Ausspruch „nach förmlichem Rechte gewiß, (i) soll mich hin-

(h) Cicero de republ. beym *Ammian Marcellin* Lib. XXX. Cap. 6. verdient hierbey in Erinnerung gebracht zu werden.

(i) Wenn auch nach wirklichem Rechte und an sich die Sache ganz anders beschaffen ist. Schon Ulpian bemerkt: Adpellandi vsus quam sit necessarius, nemo est, qui nesciat; quippe *quum iniquitatem iudicantium vel imperitiam corrigat, licet nonnumquam bene latus sententias in peius reformet. Neque enim vtique melius pronunciat*, qui nouissimus *sententiam laturus est.* L. 1. pr. D. de adpellat.

„hindern, von dem Gegner, der es bewirkt „hat, meine Entschädigung wegen der Kosten „zu verlangen? Immerhin mag des vorigen „Richters Unwissenheit oder vorsätzliche Unge„rechtigkeit den nächsten Grund dieser Beschä„digung ausmachen; so ist doch allemal die er„ste und vornehmste Ursache davon in der Pro„ceßführung meines Gegners zu setzen, welche „am Ende als widerrechtlich verworfen ist. „Ich mag es nicht einmal anführen, was man „hierbey zu erinnern pflegt, daß man es von „dem streitenden Theile, zu dessen Vortheile „das vorige Urtheil ausgefallen war, nicht füg„lich verlangen könne, sich selbst dieses Vor„theils zu entäußern, und freywillig nachzu„geben, da er nunmehr alle Ursache gehabt „hätte, seine Sache für gerecht zu halten. — „Es würde äußerst hart seyn, ihn in die Ko„sten zu verurtheilen. (k) Nur Schwachheit und

(k) Seyfarth. de compensat. expensar. a. a. O. in den Worten: Etenim qui primam sententiam obtinuit, sine dubio iustam habet litigandi caussam. Nec obstat, si prior sententia fuerit iniqua, quum quaelibet sententia praesumatur iusta. Man sehe dagegen Fachinaei controu. iur.

„und Empfindeley können das hart finden.
„Wenn ihn die Sache selbst und deren Beschaf-
„fenheit an sich nicht entschuldigt: so war er
„allerdings verbunden, freywillig den Streit
„aufzugeben; und er verdient alsdann eben so
„wenig Nachsicht, als der Appellant, welcher
„sich widerrechtlich gegen das vorige Urtheil
„auflehnt. Sonst müßte folgen, daß ein Je-
„der, der etwas vom Richter erschleichet, ge-
„gen die Entschädigung sicher sey, weil der
„Richter gutmüthig, oder boshaft genug ge-
„gewesen, sich dazu hinreißen und bewegen zu
„lassen; es würde folgen z. B., daß ein unge-
„rechter Arrest, weil er doch einmal erkannt
„worden, dem, der ihn bewirkt hat, die Ver-
„bindlichkeit, seinen Gegner zu entschädigen,
„nicht auflege. (l) Hier wird ein Jeder zuge-
„ben, daß es nicht allein auf des Richters Ver-
„fügung, sondern darauf ankomme, ob die
„Gründe, weswegen solcher gesucht und er-

„kannt

iur. Lib. I. Cap. 41. Leyser spec. LXXXVIII. Med. 2.

(l) Mevius P. VII. decis. 85. und P. VIII. decis. 290.

„kannt worden ist, dem Impetranten zur „Rechtfertigung gereichen. Und darauf, denke „ich, wird es denn auch wohl bey abgeänder„ten Urtheilen, in Rücksicht auf den Kosten„punkt, ankommen. Nun wird der vorige „Ausspruch aufgehoben, entweder weil er auf „Unrichtigkeiten in Thatsachen gestützt ist, oder „weil eine falsche Bestimmung des Rechts da„bey zum Grunde liegt. Was das erstere an„betrifft, so kann der verlierende Theil nur „alsdann auf die Compensation der Kosten ei„nen Anspruch machen, wenn ihm in Rück„sicht der wahren Beschaffenheit der Thatum„stände, den Rechten nach, ein schuldloser Irr„thum zu statten kömmt. In Ansehung des „zweyten aber ist gleichfalls nicht abzusehen, „aus welchen Gründen die Behauptung un„richtiger Rechtssätze, welche an sich dem ver„lierenden Theile nicht zu gute gehalten wird, „ihn darum entschuldigen soll, weil doch der „vorige Richter das auch so angenommen hat. „Man lasse sich nur durch dasienige nicht irre „machen, was, nach gewissen individuellen Ver„hältnissen, wohl möglich seyn, und den ver-

lie-

„lierenden Theil für seine Person entschuldigen
„könnte; worauf aber, wegen der damit ver-
„knüpften Unsicherheit, in Gerichten nicht ge-
„sehen werden kann. Sondern man nehme
„die Sache so, wie sie nach allgemeinen Vor-
„schriften der Gesetze, und nach der Natur des
„förmlichen Rechts genommen werden muß.
„Jene verbinden den verlierenden Theil zur
„Kostenerstattung, weil Unwissenheit und Irr-
„thum in Ansehung dessen, was Recht ist,
„ihn nicht berechtigen, andere in Schaden zu
„setzen. Dieses aber erklärt den vorien Aus-
„spruch und die Sache dessen, den er begün-
„stigt, für ungerecht; die Rechtssätze, vor-
„auf man sich gestützt hat, für unrichtig; und
„es muß also entweder mit sich selbst in Wider-
„spruch gerathen, oder auch den verlierenden
„Theil als einen solchen behandeln, der ohne
„Recht seinen Gegner beschädigt hat, folglich
„auch denselben zu entschädigen verbunden ist.
„Und wenn es einmal darauf angelegt ist, daß
„Jemand durch das Versehen, oder Ungerech-
„tigkeit des vorigen Richters leiden muß: so
„ist doch wohl gewiß derjenige, dessen Sache

„durch das folgende Urtheil als ungerecht ver-
„worfen wird, ungleich näher und mehr ver-
„bunden, diesen Schaden allein zu büßen,
„als der andere Theil, den die Gerechtigkeit
„nunmehr in Schutz nimmt, diesen Schaden
„mit tragen sollte. Ob übrigens das vorige
„Urtheil aus Gründen, die ehedem in den
„Acten schon vorgekommen waren, oder aus
„neuen Ursachen eine Abänderung erlitten ha-
„be, darauf kömmt es noch allein nicht an.
„Denn wenn nur die sogenannten noua von der
„Art sind, daß die iezt verlierende Partey das
„gegen eine schuldlose Unwissenheit mit Recht
„nicht vorschützen kann, und dem Gegner we-
„gen verspäteter Beybringung in dieser Hin-
„sicht den Rechten nach nichts zur Last fällt;
„so geschieht die Verurtheilung des sachfälligen
„Theils in die Proceßkosten nichts desto weni-
„ger mit Recht."

Daß diese äußerst strengen und in mehr, als einer Hinsicht mit unsern positiven Gesetzen in Widerspruch stehenden Bestimmungen des Herrn Professor **Webers** auf ienen unrichtigen Fundamenten der Verurtheilung in die Ko-

sten,

sten, und deren Compensation beruhen, davon wird sich ein Jeder überzeugen. Weil ich nun sowol diese, als auch alle hier in Anwendung gebrachten Folgerungen schon weitläuftig wiederlegt habe, so würde mich ein verdienter Tadel treffen, wenn ich das, was bereits gesagt ist, hier wiederholen wollte. Ich überlasse daher dem Leser die Prüfung der **Weber**schen Theorie und gehe auf die richtigern Grundsätze über, nach welchen gegenwärtige Frage zu beurtheilen ist.

§. 59.

Der Grund der geschehenen Abänderung des vorigen Urtheils liegt: α) In Thatumständen.

Der Grund, weswegen das vorige Urtheil vom Richter der Appellationsinstanz entweder ganz, oder in einigen Stücken abgeändert worden ist, liegt entweder in Thatumständen, oder in Rechtsgrundsätzen, welche der Richter unrecht angewendet hat. Was Thatumstände betrift, so wird das Urtheil erster Instanz entweder auf den Grund einer neuen Untersuchung abgeändert, oder nicht. Im er-

stern Fall kömmt es darauf an, ob der streitende Theil aus Chicane oder grober Nachläßigkeit die neuen Beweismittel in erster Instanz anzubringen versäumt hat, oder ob ihm wegen der verspäteten Beybringung derselben ein solches Vergehen nicht vorzuwerfen ist. Hiernach lassen sich dann folgende Regeln festsetzen. I) Wenn die Ursache, warum die neuen Thatsachen oder Beweismittel in erster Instanz nicht angebracht und untersucht worden sind, in der Bosheit oder groben Nachläßigkeit des Appellanten zu suchen ist; so muß dieser, des erhaltenen günstigen Urtheils ohnerachtet, die Kosten der Appellationsinstanz allein tragen; und mit den Kosten erster Instanz ist es eben so zu halten, wie geschehen seyn würde, wenn diese Thatsachen oder Beweismittel schon in erster Instanz angebracht und aufgenommen worden wären. (a) II) Ergiebt sich aber bey der Untersuchung in der Appellationsinstanz, daß nicht nur die neuen Thatumstände oder Beweismittel ohne Schuld des Appellanten zurückgeblieben sind, sondern daß auch der Appellat

(a) Corpus Iuris Friderician. a. a. O. §. 6.

pellat deren Beybringung auf irgend eine Art gefliſſentlich verhindert habe, ſo muß lezterer die Koſten der Appellationsinſtanz allein tragen, und in Anſehung der Koſten erſter Inſtanz bleibt es bey iener allgemeinen Beſtimmung. (b) III) Wenn der Appellant wegen der verſpäteten Beybringung der nouorum hinlängliche Entſchuldigungen beygebracht hat, und ſich nicht erweiſen läßt, daß der Appellat von den neuen Beweismitteln hinlängliche Wiſſenſchaft gehabt, folglich gegen ſeine Ueberzeugung eine an ſich ungerechte Sache durch mehrere Inſtanzen verfolgt habe, ſo ſind die Koſten des ganzen Proceſſes zu compenſiren, (c) weil dem verlierenden Theile die gewiſſe Ueberzeugung von der Gerechtigkeit ſeiner Sache wenigſtens ſo lange zu ſtatten kommen muß, bis er in der Appellationsinſtanz von der richtigen Angabe ſeines Gegners hinlänglich überzeugt wird. Sobald beyden Theilen der Vorwurf einer ungerechten Proceßführung

(b) Corpus Iuris Friderician. a. a. O. §. 7.
(c) Corpus Iuris Friderician. a. a O. §. 6.

rung nicht gemacht werden kann, ist hinlänglicher Grund zur Kostenvergleichung vorhanden. Und dieß ist hier der Fall. Der Appellant ist wegen der verspäteten Beybringung seiner nouorum zwar entschuldigt; aber vom Appellaten kann man doch nicht verlangen, daß er eines günstigen und nach der damaligen Lage der Sache gerechten Urtheils freywillig sich hätte begeben sollen. Wie konnte er voraussetzen, daß sein Gegner in der Folge trifftigere Beweise vorbringen und durch dieselben den Proceß gewinnen werde. Genug daß diejenigen, welche in erster Instanz vorgebracht sind, das nicht dargethan haben, was sie darthun sollten. (d) IV) Hat in der zweyten Instanz der Appellant zwar auf keine Untersuchung angetragen, der Appellat aber zu Unterstützung des vorigen Urtheils neue Thatsachen oder Beweismittel beyzubringen nöthig befunden, und dieß Urtheil wird zwar bestätigt, es ergiebt sich aber bey Abfassung des Appellationserkenntnisses, daß, wenn die neue

Un=

(d) Temmen de lit. expens. Cap. IX. Sect. 4. §. 21.

Untersuchung nicht hinzugekommen wäre, eine Abänderung zum Vortheile des Appellanten hätte erfolgen müssen, so sind die Kosten der Appellationsinstanz, der erfolgenden Bestätigung des erstern Urtheils ohnerachtet, zu compensiren. Sollte hingegen der Appellat die Schuld der unterbliebenen Beybringung in erster Instanz nicht von sich ablehnen können, so muß dieser die Kosten der neuen Untersuchung allein tragen und in Ansehung der Kosten erster Instanz bleibt es bey den allgemeinen Bestimmungen. (e)

Gesetzt, daß in zweyter Instanz neu aufgefundene Documente oder andere Beweismittel vorgebracht werden, welche so wichtig sind, daß sie den Appellaten von der Richtigkeit der gegenseitigen Angaben augenblicklich überzeugen können; er entsagt aber dennoch dem Rechtsstreite nicht, sondern vertheidigt hartnäckig den Ausspruch des Richters in erster Instanz, so ist er von dem Zeitpuncte an, wo die aufgefundenen Documente producirt, oder

die

(e) Corpus iuris Frideric. §. 8.

die neuen Beweismittel vorgebracht worden, seiner malae fidei wegen in alle Kosten zu verurtheilen. (f)

Im leztern Falle, wenn nämlich das vorige Urtheil ohne neue Untersuchung abgeändert wird, kann der Appellat nur alsdann auf die Compensation der Kosten erster und zweyter Instanz Anspruch machen, wenn ihm entweder wegen der wahren Beschaffenheit der Thatumstände eine verzeihliche Unwissenheit (§. 20. ff.) zu statten kömmt; oder die Geschichtserzählung überhaupt so verwickelt und intricat ist, daß ihm wegen des Irrthums, den er in Erklärung derselben begangen hat, weder Bosheit, noch grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. (g) Hier wird ein Jeder zugeben, daß das vorige Urtheil die bonam fidem des verlierenden Theils, welche schon in der Natur der Sache liegt, in ein desto helleres Licht stelle.

Nach

(f) Berlich Pract. concluf. Part. I. Concluf. 78. n. 37. Temmen de lit. expenf. Cap. VIII. Sect. 4. n. 32. und Cap. IX. Sect. 4. n. 23.

(g) Temmen de lit. expenf. Cap. VIII. Sect. 4. n. 36. Martini a. a. O. n. 120.

Nach Fridericianischem Rechte sind indessen die Kosten des ganzen Processes allemal zu vergleichen, wenn das vorige Urtheil ohne neue Untersuchung abgeändert worden ist. (h) — Wenn aber mehrere Puncte, oder Forderungen verhandelt worden sind, so hat man diejenigen Regeln zu beobachten, welche ich im 54. Paragraphen gegeben habe. (i)

§. 60.

β) In Rechtsgrundsätzen.

Hat der Richter der Appellationsinstanz den vorigen Ausspruch deswegen aufgehoben, weil ihm die dabey in Anwendung gebrachten Rechtssätze unrichtig geschienen, so kömmt es in Ansehung der Kosten darauf an, ob der Ausspruch des Unterrichters auf einem wirklichen Irrthume in den Rechten, oder auf einer vom Oberrichter verworfenen Erklärung dunkler Gesetze beruht. Im erstern Falle muß der Appellate alle Kosten tragen, (a) weil Unwissen-

(h) Corp. iur. Frider. a. a. O. §. 5.

(i) Corp. iur. Friderician. a. a. O. §. 5.

(a) L. vn. C. de sumtib. recuperat. (X. 67.)

"—Al

senheit und Irrthum in den Rechten immer als Folgen grober Nachlässigkeit zu betrachten sind, (S. §. 42.) und die Wirkungen derselben durch ein nichtiges Verfahren des Unterrichters nicht aufgehoben werden. Eben dieses gilt auch von günstigen Meynungen und Responsis berühmter Rechtslehrer, die der Verlierende allenfalls vor sich hat. (b) Im lezztern Falle hingegen sind die Kosten beyder Instanzen zu compensiren, (S. §. 44.) weil den verlierenden Theil der Vorwurf einer ungerechten Proceßführung nicht treffen kann. (c)

Ist aber die Appellation von beyden streitenden Theilen ergriffen worden, so sind, bey erfol-

"— At si contra id priuilegium ad munus *fatigandi tui causſa* quidam te deuocauerint, tu„que *adpellatione interpoſita* ſecuritatem repor„taueris, a nominatoribus *ſumtus, quos in litem* „*feceris*, recuperabis." Pestel de expenſ. victor. §. VIII. Temmen de lit. expenſ. Cap. VIII. Sect. 4. n. 29. S. die §. 6. not. b. angeführten Proceßordnungen.

(b) Schoepff de proceſſu ſummi adpellat. tribun. Ducat. Würtemberg. Cap. XVIII. §. 1. behauptet das Gegentheil.

(c) Celliſche Oberappellationsgerichtsordnung Tit. XIII. §. 1. Schoepff a. a. O. Temmen de lit. expenſ. Cap. VIII. Sect. 4. n. 36.

erfolgender wechselseitiger Abänderung des vorigen Ausspruchs, der Regel nach, die sämmtlichen Kosten gegen einander aufzuheben. Denn dadurch, daß iezt beyde Theile ein günstigeres Urtheil erhalten, ergiebt sich eben, daß auf keiner Seite temere gestritten worden. (d) Wenn aber die Kosten sehr ungleich seyn sollten, so muß ieder der proceßführenden Parteyen das erstatten, was der andere verwendet hat. (e) Ist iedoch das vorige Urtheil nur in Ansehung des einen Theils abgeändert, in Ansehung des Gegners aber bestätigt worden; so muß der Richter nach Beschaffenheit der Umstände und vernünftigem Ermessen lezterem den Ersatz eines verhältnißmäßigen Theils der Appellationskosten auflegen. (f)

§. 61.

(d) Corpus Iuris Friderician. a. a. O. §. 10. Martini a. a. O. n. 123.

(e) Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß Th. II. §. 388. — Sieht man aber auf den hergebrachten Gerichtsgebrauch, so werden die Kosten gemeiniglich compensirt. S. Concept der Kaiserlichen Cammergerichtsordnung Th. III. Tit. 36. §. 11.

(f) Corpus Iur. Friderician. a. a. O. §. 10.

§. 61.

Noch habe ich die Frage zu erörtern: **Wie ist es in Ansehung der Kosten zu halten, wenn das vorige Urtheil durchgehends bestätigt wird?** Der Regel nach muß der Appellant allemal die Kosten der Appellationsinstanz tragen; und in Rücksicht der Kosten erster Instanz bleibt es bey den allgemeinen Bestimmungen. (a) **Carpzov** findet gleichwol das Gegentheil sehr billig. "Quin „et in senatu adpellationum Dresdensi rarissime adpellanti, confirmata licet prioris instantiae sententia, refusio expensarum iniungitur ex obseruantia iamdudum recepta. „Quae et rationibus est suffulta. Satis namque poenae est adpellanti prioris instantiae „sententiam, per quam caussa cecidit, confirmari et ad executionem remitti, vt hinc

„durum

(a) Anton Faber in Codic. Lib. IV. Tit. 14. def. 53. n. 4. Gail Lib. I. obs. 152. n. 4. Menoch de arbitrar. iudic. quaest. II. 2. cas. 445. n. 6. Schoepff a. a. O. Pestel de expens. victor. §. 8. Lauterbach de expens. victor. §. 20. Martini commentar. for. a. a. O. n. 19. sqq. Mencken processus iur. commun. Part. II. Tit. 36. §. 12. **Weber über die Proceßkosten §. XI. not. 11.**

„durum foret, adflicto per condemnationem „in expensas nouam addere adflictionem. „Quumque per condemnationem in expensas „sola litigantium temeritas coerceatur, vel „propterea etiam ad refusionem sumtuum in „adpellationis instantia rarissime deueniendum „erit, quia vix litem friuole ac temere videtur „protrahere, qui caussam in prima instantia „perditam superioris iudicis censurae et iudi„cio submittit, meliorem ac magis sibi proficu„am sperans sententiam." (b) Das Seichte dieser Gründe wird ein Jeder fühlen. Die Bestätigung des vorigen Urtheils zeigt immer, daß der Appellant gegen ein gerechtes Verfahren des Unterrichters ohne Grund sich aufgelehnt

(b) Carpzov proceff. iur. Tit. 18. art 6. n. 79. Dagegen sagt Temmen de lit. expens. Cap. VIII. Sect. 4. n. 34.: "Haec argumenta tanti non sunt, „vt attendi debeant, siquidem adflictus dici ne„quit, qui ex obligatione iuste condemnatus est, „nec noua adflictio, quam ipse sibi caussauit te„mere adpellando, quia damnum hoc, quod sua „culpa sentit, sibi, non adpellato imputare pot„est. Certe commiseratio cum adpellante friuole „haberi non potest, ne impune et iudicem despe„xerit, et aduersarium in maiores induxerit ex„pensas."

lehnt und in höherer Instanz einen Proceß fortgesetzt habe, dem er billig hätte entsagen müssen. Dieß vorausgesetzt, so ist wohl nichts natürlicher, und den Vorschriften unserer Gesetze angemessener, (c) als daß ein solcher Mißbrauch der richterlichen Hülfe die Erstattung des dadurch veranlaßten Kostenaufwandes zur Folge habe. Wollte man Carpzovs Meynung anuehmen, so würde unter andern folgen, daß auch in erster Instanz das Unterliegen in der Hauptsache die Kostenvergütung allemal nach sich ziehe, weil der verlierende Theil durch das ungünstige Urtheil des Richters ohnehin genug bestraft sey. So etwas ungereimtes wird aber doch wohl niemand behaupten wollen.

Das deutsche Provinzialrecht ist sich hierinn nicht ganz gleich. Nach einigen Gerichtsordnungen muß der Appellant, wenn er von neuem sachfällig wird, ohne Ausnahme allemal die Kosten

(c) Cap. 59. X. de adpellat. "Et si *minus rationabiliter* eum adpellasse constiterit, illum ad „inferiorem remittat et in expensis alteri parti „condemnet." Cap. 5. de adpellat. in 6. Arg. L. 6. §. 4. C. de adpellat.

Kosten der Appellationsinstanz tragen; (d) nach andern hingegen ist er von der Kostenerstattung alsdann frey, wenn kein temerarium litigium erwiesen werden kann; (e) oder die Entscheidung der Sache von bestrittenen Rechtsgrundsätzen abhängt; (f) oder auch zweifelhaft

(d) Allgemeine Gerichtsordnung für die böhmischen österreichischen deutschen Erbländе Cap. XXXVII. §. 398. Des Fürstenthums Würtemberg gemeines Landrecht Th. I. S. 148. Gebesserte und gemehrte Hofgerichtsordnung des Fürstenthums Würtemberg Th. III. Tit. 27. Münsterische Hof- und Landgerichtsordnung Tit. XXXV. Lippische Hofgerichtsordnung Tit. XXXV. §. 4. Meklenburgische Hof- und Landgerichtsordnung Tit. XXXVII. §. 11. Holsteinische Hofgerichtsordnung Th. III. Tit. 10. Ordnung im Marggrafthum Oberlausitz Part. I. §. 10.

(e) Churpfälzische Hofgerichtsordnung Tit. XXX. Würzburgische Landgerichtsordnung Tit. XVIII. §. 1. und 10. Culmbachische Hofgerichtsordnung Tit. LVIII. Cod. Iur. Bauar. Cap. XVII. §. 4. Regensburgische Proceßordnung Tit. XIX. §. 3. Hofgerichtsordnung des Herzogthums Zweybrück Tit. XLVII. Marburgische Sammt-Hofgerichtsordnung Tit. XIII. §. 8. Anhaltische Proceßordnung Tit. XVII. Corpus iur. Frider. a. a. O. §. 5. Wismarische Tribunalsordnung Th. II. Tit. 39. §. 1.

(f) Cellische Oberappellationsgerichtsordnung

haft ist. (g) — Allein ein frevelhafter Gebrauch dieses Rechtsmittels zieht außer der Verurtheilung in die Kosten eine besondere Strafe nach sich. (h)

§. 62.

b) Nichtigkeitsbeschwerden.

II) Was ist in Ansehung der Kosten Rechtens, wenn das vorige Urtheil auf den Grund einer Nichtigkeit aufgehoben worden ist? Hier gilt die allgemeine Regel: Derjenige, welcher die Nichtigkeit veranlaßt hat, ist dem Querulanten alle dadurch verursachten Kosten zu ersetzen schuldig. (a)

1) Hat der Querulat z. B. durch Verfälschung eines Documents, durch Bestechung des Richters, der Zeugen, des Advocaten, oder andere widerrechtliche Handlungen an der vorge-

nung Tit. XIII. §. 1. Temmen de lit. exp. Cap. VIII. Sect. 4. n. 36.

(g) Hofgerichtsordnung der Grafschaft Ostfriesland. Hildesheimische Hofgerichtsordnung Tit. XXXIII. §. 1. Temmen de lit. expens. Cap. VIII. Sect. 4. n. 36.

(h) Concept der kaiserlichen Reichs-Cammergerichtsordnung P. II. Tit. 31. §. 2.

(a) Temmen de lit. expens. Cap. XII. n. 16.

gefallenen Nullität Schuld, so ist er dem Querulanten sämmtliche Kosten zu erstatten verbunden. (b) So verhält es sich auch, wenn in voriger Instanz wider den klaren Innhalt der Acten, wider rechtskräftige Erkenntnisse, wider unbestrittene Rechtssätze geurtheilt und z. B. bey einer offenbaren wechselseitigen Verbindlichkeit auf Eins erkannt ist, da doch dem Beklagten, das eine, oder andere zu erfüllen hätte auferlegt werden sollen.

2) Findet sich hingegen bey der Untersuchung, daß ein Dritter an der Nullität schuld sey; so muß dieser nicht nur die Kosten der neuen Untersuchung, sondern auch diejenigen, welche in erster Instanz durch sein Vergehen veranlaßt sind, dem Querulanten erstatten. Dieß bezieht sich a) auf den Richter, welcher in seiner eigenen Sache erkannt hat; ohne hinlänglich bescheinigte Insinuation in contumaciam verfahren ist; (c) wider einen Verstor-

benen

(b) Corp. iur. Friderician. a. a. O. §. 12. Lauterbach de expens. victor. §. 21.

(c) Corpus iur. Frider. a. a. O. §. 12.

benen, der keinen Procurator mit einer auf die Erben gerichteten Clausel gestellt hat, wider einen Abwesenden, welcher nicht defendirt, oder überhaupt wider Jemanden, welcher nicht gehört ist, ein Urtheil gesprochen; den Vorschriften der Proceßordnung, welche das Wesentliche betreffen, zuwider gehandelt; einen ganz unbestimmten Ausspruch gethan; auf einseitige Vorstellungen geurtheilt; eine Sache, ohne Protocolle zu führen, blos mündlich abgethan; oder im Urtheile etwas Unmögliches aufgelegt hat u. s. f. Ferner bezieht es sich b) auf den Gerichtsbedienten, welcher von der geschehenen Insinuation falsch berichtet hat; (d) nicht weniger auf einen Jeden, welcher c) unfähig gewesen ist, als Kläger oder Beklagter zu handeln; d) fälschlich für den Bevollmächtigten des Querulanten sich ausgegeben; (e) oder e) wohl gar ohne Befugniß das Richteramt sich angemaßt hat; (f) u. s. w.

Alles

(d) Corpus Iur. Frider. a. a. O. §. 12. Termen de lit. expens. Cap. XII. n. 35.

(e) Corp. Iur Frider. ebendas.

(f) Corp. Iur. Frider. ebendas. "Hinc recte „in-

Alles dieses fließt aus dem unumstößlichen Grundsatze, daß iederzeit derienige, dem ein Mißbrauch der Gerichtshülfe rechtlich beyzumessen ist, wegen des durch seine ungerechte Handlung veranlaßten Kostenaufwandes allein verantwortlich bleibe. Demohngeachtet gab es ehemals mehrere Rechtsgelehrten, die sich nicht überwinden konnten, einer Gerichtsperson wegen vernachlässigter Amtspflicht und gesetzwidriger Verfahrungsart die Kostenerstattung aufzulegen. (g) Hatte ein weltlicher Richter über geistliche Sachen gesprochen, oder Nichtigkeiten anderer Art verschuldet, so compensirte

„infertur, iudicem, qui dedit sententiam nullam, „saltem teneri ad expensas pro noua sententia „concipienda necessarias, scilicet eas, quas liti„gantes propter hanc sententiam nullam maiores „facere debuerunt, quam si valida et aequa pro„nunciata fuisset, nec ad plures, quia iudex sem„per non ad totale interesse tenetur, sed pro ea „parte, in qua laesit." Temmen de lit. expens. a. a. O.

(g) Mynsinger Cent. 5. obs. 91. n. 4. Gail Lib. I. obs. 152. n. 5. S. Lauterbach de expens. victor. §. 22. Pestel de expens. victor. §. 8. Temmen de lit. expens. Cap. VIII. Sect. 4. §. 29.

firte man die Kosten, weil ein strengeres Verfahren dem Ansehen des Gerichtshofes zu nachtheilig schien. Das Wenigste, was dieser für das Wohl des Staats so schädliche Gerichtsgebrauch zur Folge haben konnte, war natürlich, daß der Richter, sobald er gewissenlos dachte, seiner Bosheit freyen Zügel ließ, gerechte Sachen verzögerte und unschuldige Streitende um das Ihrige brachte. Ob indessen ein Diener der Justiz, welcher die Rechte beleidigter Unterthanen vertheidigen soll, seine Macht zum Nachtheile derselben gebrauchen dürfe, dieß mögen die natürlichen und positiven Rechte entscheiden. — Schon nach römischen Grundsätzen entgieng der ungerechte Richter seiner verdienten Strafe nicht; er mußte für ieden Schaden stehen, den er dem Beleidigten zugefügt hatte; (h) war alle Kosten zu erstatten schuldig, und wurde auch wohl

nach

(h) L. 15. D. de iudiciis. (V. 1.) L. fin. C. de poena iudicis, qui male iudicauit. (VII. 49.) "De eo, qui pretio deprauatus aut gratia, per-„peram iudicauerit, ei vindicta, quem laeserit, „non solum aestimationis dispendii, sed etiam „litis discriminis praebeatur."

nach Beschaffenheit der Umstände auf eine Zeitlang seines Amts entsetzt. (i) Wie viel weniger darf man in unsern Tagen dem Ansehen des richterlichen Amtes Folgen beylegen, die mit der Natur und dem Entzwecke desselben nicht übereinstimmen. — Was das deutsche Provinzialrecht betrifft, so ist in einigen Proceßordnungen ausdrücklich verordnet, daß in dem Falle, wenn die Gerichte in einer Sache nulliter oder ungebührlich verfahren haben, und solches durch Rescripte, Bescheide oder eingeholte Urtheile declarirt und erkannt worden, wegen einen solchen nichtigen Verfahrens von den Parteyen nichts zu fordern und dasienige, was sie bereits bezahlt haben, wiederum herauszugeben sey. (k) — Dieienigen Kosten

aber,

(i) Cap. I. de sentent. et re iudic. in 6. "Si „quis autem iudex ecclesiasticus ordinarius, aut „etiam delegatus, famae suae prodigus et pro„prii persecutor honoris, contra conscientiam et „contra iustitiam, in grauamen partis alterius, „in iudicio quidquam fecerit per gratiam, vel „per sordes, ab executione officii per annum no„uerit se suspensum, ad aestimationis litis parti, „quam laeserit, nihilominus condemnandus."

(k) Sachsen-Gothaische Gerichts- und Proceßordnung von 1776. Part. I. Cap. 40. §. 9.

aber, welche nicht sowol aus der veranlaßten Nullität, sondern vielmehr aus der temeritate litigandi entstanden sind, muß der schuldige Theil allemal tragen.

Fügt es sich auch, daß der Querulant die vorgeschützte Nichtigkeit nicht erweisen kann, so bleibt er nicht nur wegen der Kosten der neuen Untersuchung verantwortlich, sondern hat auch die nachdrücklichste Bestrafung zu erwarten, sobald er eines frevelhaften Gebrauchs der Nichtigkeitsklage überwiesen wird. (l)

§. 63.

(l) Regensburgische Proceßordnung Tit. XXV. §. 2. Münsterische Hof- und Landgerichts- auch gemeine Ordnungen Tit. XLIII. Paderbornische Hofgerichtsordnung Tit. XLVIII. §. 3. Sachsen-Eisenachische Gerichtsordnung Tit. XXI. §. 19. Cellischen Oberappellationsgerichts gemeiner Bescheid n. 42. Mecklenburgische Hof- und Landgerichtsordnung Tit. XXXV. Hollsteinische Hofgerichtsordnung Th. II. Tit. 33. Hildesheimische Hofgerichtsordnung Tit. XXXII. §. 6. Proceßordnung der Reichsstadt Mühlhausen Tit. XXXIII. §. 5. Temmen de lit. expens. Cap. VIII. Sect. 4. n. 35.

§. 63.

c) Supplication, Revision, Leuteration, Oberleuteration.

III) Was ist in Ansehung der Kosten Rechtens, wenn auf das eingewandte Rechtsmittel der Supplication, Revision oder Oberleuteration eine Abänderung des erstern Erkenntnisses erfolgt ist? Hier finden eben dieselben Grundsätze statt, welche bey einer in der Appellationsinstanz erfolgten Reformation des vorigen Urtheils in Anwendung zu bringen sind. — Nach deutschem Provinzialrechte verhält sich die Sache etwas anders. In einigen Gerichten kömmt es darauf an, ob in den bisherigen Verhandlungen oder in einem erst iezt angebrachten neuen Umstande der Grund zur Abänderung des vorigen Ausspruchs liegt. Im erstern Falle sind die Kosten zu compensiren, weil das Zweifelhafte der Sache auf keiner Seite eine ungerechte Proceßführung vermuthen läßt. (a) Im

iez-

(a) Corpus Iur. Frider. a. a. O. §. 12. In sofern dem verlierenden Theil Bosheit oder grobe.

leztern Falle aber muß derjenige, welcher sich mit seinem Anbringen verspätet hat, die Kosten der anderweitigen Untersuchung allein tragen (b) und in Rücksicht der Kosten erster Untersuchung bleibt es bey obigen allgemeinen Bestimmungen. — In andern Gerichten pflegt man überhaupt iedesmal, wenn der Leuterant in der Leuterationsinstanz ein besseres Urtheil erhalten hat, die Kosten der erstern Untersuchung zu compensiren, (c) und in die Leuterationskosten den Beklagten zu verurtheilen. (d) Nach der Pfälzischen Revisionsordnung muß namentlich in dem Falle, da das erstere Urtheil aus Uebersehen des Richters in der Revisions-

be Nachlässigkeit beyzumessen ist, würde sich dieses freylich nach obigen allgemeinen Grundsätzen nicht vertheidigen lassen.

(b) Corp. Iur. Frider. a. a. O. §. 11.

(c) Sachsen-Gothaische Gerichts- und Proceßordnung von 1704. P. I. Cap. 22. §. 2. Sachsen-Gothaische Gerichts- und Proceßordnung v. 1776. P. I. Cap. 31. §. 17. Sachsen-Altenburgische Gerichts- und Proceßordnung P. I. Cap. 40. §. 2.

(d) Io. Henr. de Berger Supplementa ad Electa disceptation. forens. Part. II. Tit. 20. n. 26. in fin.

sionsinstanz als ungerecht und nichtig reformirt wird, dem verlustigten Theile die Erstattung der Unkosten auferlegt werden.

Sind mehrere Puncte oder Forderungen verhandelt worden, (e) oder haben beyde Theile eines dieser Rechtsmittel reciproce ergriffen; (f) so muß man sich in Ansehung der Kosten nach demjenigen richten, was ich im 56. und 60. Paragraphen vorgetragen habe. Ist aber das vorige Urtheil bestätigt worden, so wird der Supplicant, Revident, Leuterant und Oberleuterant ohne Ausnahme nicht nur in die Erstattung sämmtlicher Kosten verurtheilt, sondern auch wegen eines erwiesenen frevelhaften Gesuchs empfindlich gestraft. (g)

§. 64.

(e) Corp. Iur. Friderician. a. a. O. §. 9.

(f) Corp. Iur. Friderician. a. a. O. §. 10.

(g) Anhaltische Proceßordnung Tit. XVII. Churſächsische Proceß- und Gerichtsordnung Tit. XXXV. §. 4. Sachsen-Gothaische Proceßordnung Cap. XXXI. §. 17. Magdeburgische Gerichtsordnung Tit. LII. n. 23. und 24. Gerichtsordnung des Marggrafthums Oberlausitz P. I. §. 10. Temmen de lit. expens. Cap. VIII. Sect. 4. n. 34.

§. 64.

d) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

IIII) **Was ist in Ansehung der Kosten Rechtens, wenn gegen ein Urtheil die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht worden ist?** Dieß kann verschiedentlich beantwortet werden.

Betrachtet man das Restitutionsgesuch I) als ein Mittel, die Rechtskraft des vorigen Urtheils zu hemmen, so bleibt es in Ansehung der Kosten bey denienigen Bestimmungen, welche bey der Revision und ähnlichen suspensiven Rechtsmitteln ihre Anwendung finden. Gewöhnlich müssen zu Rechtfertigung dieses Rechtsmittels bey ieder Beschwerde neue, nicht ganz unerhebliche und in Thatsachen bestehende Umstände vorgetragen werden. Wenn daher zum Beyspiel der Implorant wegen neu aufgefundener Documente in den vorigen Stand wieder eingesetzt wird und ein besseres Urtheil erhält, so muß er demohngeachtet, der Regel nach die Kosten des erstern Processes allein tragen; (a) und in Ansehung

(a) Corpus iur. Frideric. a. a. O. §. 13.

Ge-

sehung des nunmehrigen Kostenaufwandes hat man sich nach den allgemeinen Regeln über die Erstattung der Kosten zu richten. Ergiebt sich aber in dieser Untersuchung, daß der Imploranten auf eine und die andere Art vorsätzlich verhindert habe, daß dergleichen Urkunden oder Beweismittel nicht früher zur Wissenschaft des Imploranten gelangt sind, so muß dieser alle Kosten erstatten, denn er erscheint iezt als ein Proceßführer, der während des ganzen Rechtsstreites in mala fide gewesen ist. (b)

Versteht man aber II) unter dem Restitutionsgesuche das prätorische Mittel, welches bey einer eintretenden rechtmäßigen Verletzung gebraucht wird; so muß der Implorant, welcher sich desselben zur Aufhebung eines nachtheiligen Rechtsgeschäftes bedient, allemal die dadurch veranlaßten Kosten allein tragen. Denn für ihn ist sie eine Rechtswohlthat, die dem Gegner nicht beschwerlich fallen darf. (c)

Wird

Gerichtsordnung der freyen Reichsstadt Bremen Part. II. Tit. 3. §. 4.

(b) Corp. iur. Frider. ebendas.

(c) Lyncker decis. 969. Böhmer consultat.

et

Wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von einem gewesenen Minorennen oder einem andern die Rechte der Minderjährigkeit habenden Partey wegen erlittener Beschädigung gesucht, so soll nach Fridericianischem Rechte die Frage: Wer die Kosten zu tragen habe? von der Entscheidung der Hauptsache abhängen. (d)

Sucht der verlierende Theil gegen ein ungünstig ausgefallenes Urtheil des Richters die Restitution; so muß er, der Regel nach, ebenfalls die Kosten, welche durch die erstere Untersuchung veranlaßt worden sind, dem Gegner vor allen Dingen erstatten. (e) Dieß läßt sich z. B. auf die Fälle anwenden, da der Implorant wegen versäumter Nothfristen, wegen zu spät aufgefundener Documente oder einer

et decision. Tom. III. Part. 2. Io. Aug. Hellfeld iurisprudent. forens. Part. I. §. 442. Io. Henr. de Berger Supplement. ad Electa disceptation. forens. Part. II. Tit. 20. n. 26. in fin. Rivin. enunciat. iur. tit. XX. n. 103. Leyser Spec. LVII. medit. 3. Thomas Entwurf der Fuldischen Gerichtsverfassung §. 75. not. c.

(d) Corpus iur. Frideric. a. a. O. §. 14.

(e) Io. Henr. de Berger a. a. O. Thomas a. a. O.

einer in Geschäften des Staats gemachten Reise beschädigt worden ist. Indessen leidet auch diese Regel in so fern ihre Einschränkung, als blos in der Chicane des Gegners der Grund dieser Beschädigung zu suchen ist. (f) Insbesondere muß in allen Fällen, wo gegen ein rechtskräftiges Urtheil die Restitution gesucht und erhalten wird, derjenige, welcher die Nichtigkeit des vorigen Urtheils verursacht und dem Imploranten dadurch eine Läsion zugefügt hat, zur Erstattung aller Kosten des vorigen Processes angehalten werden. (g)

Was die Kosten der neuen Untersuchung betrifft, so hat man dahin zu sehen, ob der Implorant die Beschwerden gegen das vorige Urtheil wirklich begründet und ein besseres Urtheil erhalten hat; oder ob sein Gesuch als unstatthaft verworfen worden ist. Im erstern Falle sind die Kosten nach hergebrachtem Gerichtsgebrauche zu compensiren, weil der verlierende Theil ein Urtheil vor sich hat. Allein man muß sich sehr hüten, diese Maxime in

(f) Corp. Iur. Frideric. a. a. O. §. 13.
(g) Corp. Iur. Frideric. a. a. O. §. 15.

solchen Fällen zu befolgen, wo dem Sachfälligen eine ungerechte Proceßführung offenbar zur Last fällt. Es würde z. B. höchst ungerecht seyn, wenn derjenige, welcher ein Urtheil des Unterrichters, das mit den Gesetzen des Landes in offenbarem Widerspruche steht, in den vorigen Stand gesetzt worden ist, und nunmehr den Proceß gewonnen hat, demohngeachtet die Kosten einbüßen sollte. — So viel ist immer gewiß, wenn der Implorat nach geschehener Restitution als ungerechter Proceßführer zu betrachten ist, daß ihn alsdann das abgeänderte Urtheil von den Kosten einer frevelhaft verfochtenen Streitsache nicht befreye; weil dasselbe, wie schon oben (§. 56. sqq.) entwickelt worden, nur in so fern, als es bonam fidem des verlierenden Theils begründet, auf den Kostenpunct Einfluß haben kann. —

Hat hingegen der Implorat zu der Zeit, als er um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchte, zwar anscheinende Gründe vorgebracht; aber bey genauer Erwägung der Sache die vorgeschützte Läsion nicht erwiesen; so muß er die Kosten dieser Untersuchung allein tra-

tragen. Denn eben hieraus ergiebt sich, daß er ohne Grund gegen das vorige Urtheil sich aufgelehnt habe. Ein frevelhafter Gebrauch dieser Rechtswohlthat verdient überdieß die nachdrücklichste Ahndung. (h)

Eben so wenig kann der streitende Theil auf die Kostenvergleichung Anspruch machen, wenn er entweder durch den gegenseitigen Beweis von dem Ungrunde seiner angeblichen Beschädigung überzeugt worden ist und dennoch fortprocessirt; oder nach erlangter Wiedereinsetzung in den vorigen Stand über ebendieselbe Sache vor Gericht streitet und als ungerechter Proceßführer sachfällig wird. Gleichwol meynt Carp:

(h) Concept der Kaiserl. Reichscammergerichtsordnung Part. III. Tit. 62. Regensburgische erneuerte gerichtliche Proceßordnung Tit. XXV §. 2. Calenbergische Canzleyordnung Tit. XXXVIII. §. 3. Wolfenbüttelsche Hofgerichtsordnung Tit. LXIX. Meklenburgische Hof- und Landgerichtsordnung Tit. XXXVI. §. 3. Wismarische Tribunalsordnung Th. III. Tit. 6. §. 5. Hollsteinische Hofgerichtsordnung Th II. Tit. 34. Hildesheimische Hofgerichtsordnung Tit. XXXII. §. 3. Proceßordnung der Reichsstadt Mühlhausen Tit. XXXIV. §. 2. Temmen de lit. exp. Cap. VIII. Sect. 4. n. 34.

Carpzov, und mit ihm mehrere, (i) daß der Verlierende, wenn er einmal restituiret worden, niemals in die Kosten zu verurtheilen sey. "Nemini quidem concedendum est be„neficium restitutionis in integrum, nisi qui „iustam laesionis causſam docere valet. Quum „ergo victus beneficium hoc impetrauerit, „docuisse iam censetur iustam laesionis caus„sam, ex qua litigii temerarii haud adcusabi„tur, quod solum mulctam expensarum me„retur." (k) Allein dieß kann man im Allgemeinen ohnmöglich annehmen. (l) Der Implorant muß zwar damals, als er um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchte, anscheinende Gründe einer obwaltenden Beschädigung vor sich gehabt haben; wenn aber diese bey nachmaliger Untersuchung der Sache als unbedeutend, oder wohl gar als ungegründet ver-

(i) Nicolai proceſſ. Part. II. Cap. 17. n. 16. Martini proceſſ. forenſ. a. a. O. n. 141. Zoll de litis expenſar. refuſione §. 23. n. 14.

(k) Carpzov in proceſſ. iur. Tit. XXIV. art. I. §. II. n. 64. ſq.; in iurisprudent. forenſ. Part. I. Conſtit. 31. defin. 36.

(l) Claproths Einleitung in den bürgerlichen Proceß Th. II. §. 203. am Ende.

verworfen worden, so ist gar nicht abzusehen, aus welcher Ursache iene wahrscheinliche Beschwerden, welche iezt in einem ganz andern Lichte erscheinen, den ungerechten Proceßführer von den Folgen seiner gesetzwidrigen Handlung befreyen sollen. Zu welchen Mißbräuchen würde solch' eine ungerechte Schonung Anlaß geben!

§. 65.

Es ist leider mehr, als zu gegründet, daß eine der hauptsächlichsten Ursachen von Verlängerung der Processe im gesetzwidrigen Gebrauche der Rechtsmittel gegen die Erkenntnisse liege. Um dieß zu verhindern, darf man im Kostenpuncte durchaus nicht zu gelinde verfahren; sondern muß, der Regel nach, ieden der streitenden Theile, welcher durch die Ergreifung der Appellation oder den Gebrauch eines ähnlichen Rechtsmittels das vorige Urtheil umzustoßen sucht, bald darauf aber dem Rechtsstreite völlig entsagt, in die Erstattung aller dadurch erwachsenen Proceßkosten verurtheilen.

len. (a) Wenn aber der verlierende Theil durch seinen Advocaten zum Mißbrauche solcher Rechtsmittel verführt worden ist; so erfordert der Zweck der Justiz, daß man diesen saubern Rechtsfreund nicht nur in die Kosten des zweyten Processes verurtheile, sondern auch seines für dergleichen Producte zu fordernden Honorariums verlustig erkläre; und überdieß wegen des offenbaren Beweises seiner Bosheit zur Verantwortung ziehe; den Sachfälligen hingegen von Kostenersatz und Strafe völlig freyspreche. (b) — Sollte auch durch Vernachlässigung des Advocaten die Sache desert geworden seyn; so ist der Unterliegende iederzeit berechtigt, die Erstattung des auf solche Art veranlaßten Kostenaufwandes vom Advocaten zu verlangen.

Ab-

(a) Allgemeine Gerichtsordnung für die böhmischen österreichischen deutschen Erblande §. 399.

(b) Regensburgische erneuerte gerichtliche Proceßordnung Tit. XXIII. §. 1. Marburgische Sammt-Hofgerichtsordnung Tit. VI. §. 17. Cellische Oberappellationsgerichtsordnung Tit. XIII. §. 3. Hildesheimische Hofgerichtsordnung Tit. 33. §. 6.

Abschnitt III.

Von einigen falschen Gründen der Kostenvergleichung.

§. 66.

1) Von der Vermuthung einer gerechten Proceßführung überhaupt.

Da ich nun von den wahren Gründen der Verurtheilung in die Kosten und deren Compensation ausführlich genug gesprochen habe, so erfordert die Nothwendigkeit, einiger falschen Gründe der Kostenvergleichung mit wenigem noch Erwähnung zu thun. Man glaubt vorzüglich, daß in den persönlichen Verhältnissen streitender Theile die rechtliche Vermuthung gegen eine ohne innere Ueberzeugung verfochtene Streitsache liege, und pflegt in dieser Hinsicht theils ohne Ausnahme, theils in so fern, als in den Acten keine wirkliche Chicane klar zu Tage liegt, den Verlierenden mit der Kostenerstattung zu verschonen. Gesetzt, daß diesen Vermuthungen weiter nichts entgegen stände, als daß unsere Gesetze sie gar

nicht kennen; (a) so würde schon diese einzige Bemerkung ihren Einfluß auf den Kostenpunct sehr bedenklich machen. Allein es läßt sich noch unendlich mehr dagegen sagen. Eine so beliebte Schonung in Rücksicht der Kostenerstattung muß nothwendig schlechtdenkende Subiecte zum frevelhaften Gebrauch richterlicher Hülfe ermuntern; und auf der andern Seite demienigen unerträglich seyn, welcher das Unglück hat, mit Personen in Streit zu gerathen, die seit Jahrhunderten das Privilegium des gerechten Processirens gleichsam in verjährtem Besitze haben. (b) Da gleichwol iene schädliche Maxime auch noch in unserm aufgeklärten Jahrhunderte in sehr vielen Gerichtshöfen Deutschlands herrscht; so wird es nicht undienlich seyn, die hauptsächlichsten Mißbräuche, welche von Zeit zu Zeit daraus entstanden sind, etwas näher zu erörtern.

§. 67.

(a) Cap. 12. de Reg. Iur. in 6. wird ausdrücklich gesagt: "In iudiciis non est accepta„tio personarum habenda."

(b) Daher verwirft der Codex iuris Bauarici iudiciarii in Ansehung der Kostenvergleichung überhaupt iede Rücksicht auf persönliche Verhältnisse.

§. 67

II) Insbesondere: 1) Von der Würde des verlierenden Theils.

Vor allen soll die Würde und das obrigkeitliche Ansehen des verlierenden Theils die Kostenvergleichung nach sich ziehen. Hierher rechnet man namentlich alle **Landesherrn**, **Magistrate** (a) und **Gerichtsherrn**, (b) die in Streitigkeiten mit ihren Bürgern und Unterthanen sachfällig geworden sind. Gewöhnlich wird diese Ungerechtigkeit auf gedoppelte Art vertheidigt. **Einmal** setzt man voraus, daß das Ansehen der benannten Personen die dringendeste Vermuthung gegen eine boshafte Streitsucht für sich habe; **zweytens** nimmt man an, daß durch die Verurtheilung in die

(a) Mevii decision. Part. VI. decis. 345. Martini Commentar. forens. a. a. O. n. 128. Mencken process. iur. commun. et Saxon. Part. II. Tit. 36. §. 14. Seyfarths deutsche Reichspraxis Cap. XXXIII. §. 3. Thomas Entwurf der Fuldischen Gerichtsverfassung §. 75. not. c.

(b) Mencken a. a. O. Seyfarth a. a. O. Walchs Wissenschaft, aus Acten einen Vortrag zu thun S. 105. §. 81. Thomas a. a. O.

die Kosten die Würde einer obrigkeitlichen Person vor den Augen der Welt gar zu sehr herabgesetzt werde, besonders wenn der Proceß die Erhaltung der Ehre betroffen habe. (c) — Allein daß in so fern, als in der Sache selbst keine Entschuldigung für den verlierenden Theil zu finden ist, blose Vermuthungen gegen den bösen Vorsatz die wirkliche bonam fidem durchaus nicht begründen, ist im Vorhergehenden schon bemerklich gemacht worden. Die Geschichte hat bereits in ältern Zeiten gelehrt, daß Chicane, oder grobe Fahrlässigkeit und hohe Würde in ein und ebendemselben Subiecte ver-

(c) "Quae pro magistratu praesumtio est, id „quoque efficit, vt melior in dubio censeatur „causla eius in ciue super his, quae ad officium „eius pertinent; ideo non facile condemnatur „in expensas, quae temeritatis litigantium ordi„naria poena est. Multo minus autem hoc fieri „debet, quoties magistratus pro defendenda offi„cii et decreti auctoritate aut seruando honore „suo contendit, eique non conueniens, ciui ce„dere. Etsi enim succumbat, tamen intentione „pro dignitate militanti tribuendum est, vt poe„na vacet, nisi notoria sit plane iniustitia." Mev. a. a. O. L. 32. D. de iniur. et famos. libell. (XLVII. 10.) L. vn. D. si quis ius dicenti non obtemperauerit (II. 3.) L. 11. §. 1. D. de dolo malo. (IV. 3.)

verbunden seyn können. Und daß in unsern Tagen Fürsten, Obrigkeiten und Gerichtsherrn eben so wenig, als ihre Vorgänger, von diesem Vorwurfe frey sind, davon, denke ich, können die zwischen ihnen und ihren Unterthanen an beyden höchsten Reichsgerichten und andern hohen Tribunälen bisher verhandelten Rechtsstreitigkeiten einen überzeugenden Beweis abgeben. Denn ie größer die Gewalt ist, welche dergleichen Personen in Händen haben, desto leichter läßt sich ein Mißbrauch derselben denken. Schon an sich ist es traurig genug, von einem Landesherrn beherrscht zu werden, der das gemeine Beste der Befriedigung unedler Neigungen aufopfert; oder unter Obrigkeiten zu stehen, denen die Vergrößerung ihres Ansehens mehr, als der Wohlstand ihrer Mitbrüder am Herzen liegt. Wie ungleich trauriger würde es vollends seyn, wenn man gedrückten Unterthanen zumuthen wollte, auch sogar ieden Kostenaufwand zu verschmerzen, den ihre Obern ungerechter Weise veranlaßt haben und, den Rechten nach, zu erstatten schuldig sind. Ueberdieß setzen

obrigkeitliche Personen durch Verfolgung ungerechter Streitigkeiten ihr Ansehen vor den Augen der Welt so sehr herab, daß durch die Verurtheilung in die Kosten ihre Ehre eben nicht viel mehr sinken kann, als sie schon gesunken ist. — Will man hingegen annehmen, daß die Würde des unterliegenden Theils durch ungerechtes Processiren nichts verliere; so ist noch weniger abzusehen, wie solches durch die gerechteste Kostenerstattung bewirkt werde. Schande ist es doch wol nicht, wenn man dem obsiegenden Theile dasienige leistet, was man ihm kraft der Gesetze des Landes zu leisten verbunden ist. Indessen herrschte ehemals wirklich in mehreren Gerichtshöfen Deutschlands, besonders im Sächsischen, die Gewohnheit, in Streitigkeiten der Gerichtsherrn und Unterthanen iedesmal die Kosten zu compensiren, allein durch neuere gesetzliche Verfügungen ist dieser Mißbrauch abgeschafft worden. (d)

§. 68.

(d) Erläuterung und Verbesserung der churs sächsischen Gerichtsordnung, ad Tit. XXXVI. §. 5.

§. 68.

2) Vom Fiscus und Fiscale.

Hiernächst hat man von alten Zeiten her den löblichen Gebrauch gehabt, sowol den Fiscus, als Fiscal, wenn sie vor Gericht unterlagen, von der Kostenerstattung iedesmal frey zu sprechen. (a) Man glaubt, daß ienen die rechtliche Vermuthung gegen den Vorwurf eines ungerechten Processes schütze, diesen aber die Amtspflicht, (b) oder auch der vom Richter,

§. 5. Sachsen-Gothaische vermehrte und verbesserte Gerichts- und Proceßordnung Part. I. Cap. 40. §. 3. Sachsen-Altenburgische neu erläuterte Gerichts- und Proceßordnung Part. I. Cap. 40. §. 3.

(a) Voet Commentar. ad Pandect. Lib. XLII. Tit. 1. §. 21. Lyncker Decis. 309. Huber praelection. in Institut. Lib. IV. Tit. 16. Pestel de expens. victor. §. 11. Mehrere Schriftsteller hat Temmen de lit. expens. Cap. VIII. Sect. 3. n. 19. bemerklich gemacht.

(b) "Dieweil aber demnach ein großer Unterschied zu machen ist inter eos, qui ex libera voluntate aliquem deferunt et adcusant, et qui ex officio adcusare tenentur, da denn zwar billig iener propter iniuriam et expensas reconueniendo, keinesweges aber diese belangt werden können, vtpote quos respe-

ter, oder Obern erhaltene Befehl (c) entschuldige. Indessen läßt sich nach demienigen, was ich im vorhergehenden Paragraphen entwickelt habe, leicht erachten, daß der Fiscus, wenn er temere litigirt hat, keine mildere Behandlung, als andere streitende Theile, verdiene.

„Ctus officii excusat et superioris mandatum, „so halten wir dafür, daß, wenn gleich der „Obersachwalter mit dem Beweise nicht fortkommen können, er dennoch zu Ersetzung des „Schadens und Unkosten nicht wieder belangt „werden könne." Böhmer Consultat. et decis. iur. Tom. II. Part. 1. decis. 37. S. 43.

(c) Menoch de arbitrariis iudic. quaestion. Lib. II. Centur. 2. Cas. 177. n. 16. Berlich Part. I. Conclus. 78. n. 39. Carpzov proces. iur. Tit. XXIV. §. 13. n. 7. Hülse de lit. expens. a. a. O. Pestel de expens. victor. §. 11. n. 7. Sachsen-Gothaische Gerichts- und Proceßordnung von 1704. Part. I. Cap. 22. §. 2. Sachsen-Altenburgische erläuterte Gerichts- und Proceßordnung Part. I. Cap. 40. §. 2. Daher hat man oft Bedenken getragen, denienigen, welcher auf Befehl des Pabstes gestritten hatte, und sachfällig geworden war, in die Kosten zu verurtheilen, quod credendum non sit, summum pontificem, a quo summus iustitiae et aequitatis fulgor relucere praesumatur, malitiosam caussam agere mandaturum, vel si victus, ex necessitate officii litigare debuerit. Menoch a. a. O. cas. 321. n. 21. Temmen de lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 19. Zoll de lit. expensar. refus. §. 23. n. 10.

diene. Was aber den Fiscal betrifft, so muß man unterscheiden, ob er auf Befehl seiner Obrigkeit, oder aus eignem Antriebe eine an sich ungerechte Sache vor Gericht durchzusetzen gesucht habe. Im erstern Falle ist ohnstreitig der Fiscus selbst in die Kosten zu verurtheilen, denn er darf sich eben so wenig, als einer seiner Unterthanen einen Mißbrauch der richterlichen Hülfe zu Schulden kommen lassen, ohne auch zugleich derjenigen Strafe sich zu unterziehen, welche mit seiner widerrechtlichen Handlung unzertrennlich verbunden ist. (d) Im leztern Falle muß der Fiscal in so fern, als er ohne rechtliche Gründe und genugsamen Verdacht zur Anklage geschritten ist, für den Kostenaufwand mit seinem eignen Vermögen haften. Gegen die Folgen offenbarer Chicane, oder

(d) "Nullum enim hac in parte fisco priuile-„gium tributum est, igitur iure communi vtitur." L. 25. D. de pignor. Leyser Spec. LVI. medit. 7. Spec. LXXXVIII. medit. 8. Auch ist ohnstreitig L. 10. D. de iure fisci auf den Kostenpunct anzuwenden. Klock Vol. II. Consil. 81. n. 11. sqq. Anton Faber in Codic. Lib. VIII. Tit. 31. def. 19. Iacob Blumen proceff. cameral. Tit. VIII. n. 10. Martini commentar. forens. Tit. XXXVI. §. 1. n. 55. Weber §. 14.

oder grober Nachläſſigkeit kann ihn ſeine Amts-pflicht niemals ſichern; im Gegentheil iſt ein frevelhafter Gebrauch derſelben um ſo ſchärfer zu ahnden, ie gewiſſer es iſt, daß ein gelinderes Verfahren zu den größten Ungerechtigkeiten Anlaß gebe. (e) Geſetzt der Fiſcal iſt eine ſchlechtdenkende Creatur, ſo wird er ſicher die Macht, welche er in Händen hat, zum Nachtheile der Unterthanen gebrauchen; er wird nichts unterlaſſen, wodurch er den Fiſcus bereichern, oder die Gnade ſeines mit ihm gleichdenkenden Landesherrn ſich erwerben kann. Wenn man überdieß erwegt, daß der Fiſcal einen gewiſſeu Theil aller Güter, welche der Fiſcus den Angeſchuldigten entreißt, für ſich bekomme, daß folglich der Vortheil beyder mit ein-

(e) Cap. 48. X. de ſentent. excomm. Ios. Ludovici deciſ. Lubec. I. n. 33. Vivius deciſ. 479. n. 1. Klock Vol. II. Conſ. 81. n. 10. Anton Faber in Codic. Lib. IX. tit. 2. def. 9. Martini Commentar. forenſ. Tit. 36. §. 1. n. 54. Ziegler de officio iud. Concluſ. XXXV. §. 18. Lauterbach de expenſ. victor. §. 52. Temmen de lit. expenſ. Cap. IX. Sect. 2. n. 21. Cap. IX. Sect. 3. n. 3. und 20 ſqq. Reinharth de error. pragmaticor. in doctrin. de expenſar. reſtit. §. 45. Leyser Spec. LVI. medit. 7. Spec. LXXXVIII. medit. 8. Weber a. a. O.

einander vereinigt sey; so ist um so viel stärker zu vermuthen, daß die Hoffnung, mit dem Eigenthume fremder Personen sich zu bereichern, geldgierigen Fiscälen die stärkste Aufmunterung zu frevelhaften Klagen seyn müsse, so bald sie wissen, daß man ihre pflichtwidrigen Unternehmungen ungestraft läßt. Und wie mancher unschuldige Unterthan würde ein Opfer ihres Hasses werden! In dieser Hinsicht verordneten ehemals schon die alten Römer: "Tutores et curatores adolescentum, si no-„mine pupillorum et adultorum scientes ca-„lumniosas instituant actiones, eo nomine „condemnari oportere, *ne sub praetextu no-„minis eorum propter suas simultates secure „lites suas exercere posse existiment.* (f) —

Dieß

(f) L. 6. C. de administratione tutor. (V. 37.) Aehnliche Verordnungen finden sich in L. 9. §. 6. D. eod. L. 2. C. de his, qui adcusare non possunt. (IX. 1.) L. 14. D. de excusation. tutor. et curator. (V. 62.) L. 2. C. de decurion. (X. 31.) "Ob-„seruare oportebit magistratus, vt decurionibus „sollenniter in curiam conuocatis nominationem „ad certa munera faciant, eamque statim in no-„titiam eius, qui fuerit nominatus, per officialem „publicum perferri curent, habituro adpellandi, „si voluerit, atque agendi facultatem apud prae-

„sidem

Dieß auf den Fiscal angewendet, so leidet zu unsern Zeiten, wo man ohnedieß die gesetzwidrige Schonung seines Ansehens immer mehr zu verabscheuen anfängt, die Verurtheilung in die Kosten weiter kein Bedenken. Namentlich kann ich mich auf den **Meklenburgischen Land-Grund-gesetzlichen Erbvergleich** berufen. Derselbe enthält folgende Verordnung: "Würden Unsere Fiscäle iemanden ohne rechtmäßige Ursache actioniren und „der Angeklagte von der Anklage losgesprochen; so sollen die Fiscäle in Fällen, wo die „Urthel gegen sie ausfallen, keinen mehreren „fauorem wegen Erstattung der Kosten, als „andere proceßführende Parteyen haben, auch „wohl gar, wegen des in ihrem Amte begangenen Excessus, nach Befinden, mit Geld- „und andern Strafen belegt werden." (g)

§. 69.

„sidem cauſſam ſuam iure conſueto, quem ſi conſtiterit nominari minime debuiſſe, *ſumtum litis eidem a nominatore reſtitui* oportebit." L. vn. C. de ſumt recuperat. S. Anton Faber in Cod. Lib. V. Tit. 26. def. 3.

(g) Meklenburg. Land- Grund-gesetzlicher Erbvergleich S. 990. §. 4. Auch das Oberappellationsgericht zu Celle nimmt beym Kostenpuncte

§. 69.

3) Von der Kirche; von Mönchen und andern Geistlichen.

Viele haben nicht nur die Kirche und ihre Vorsteher, sondern überhaupt alle Personen, welche zur Geistlichkeit zu rechnen sind, wegen ihrer Frömmigkeit, (a) gegen den Vorwurf einer ungerechten Proceßführung vertheidigt und in diesem Betrachte von der Verurtheilung in die Kosten frey gesprochen. Insbesondere hat die Verachtung der zeitlichen Güter bey den Processen der Mönche; (b) und die Redlichkeit und Achtung des Pfarrers in Streitigkeiten

puncte auf das Ansehen des Fiscus und Fiscals keine Rücksicht. S. PUFENDORF obseruat. iur. vniuers. Obs. CLXXXII.; desgleichen Sachsen-Eisenachische Canzleyordnung sub titulo: Aduocatus fisci §. 9.

(a) Man vergleiche dagegen SEYFARTH de compensat. expensar. Cap. II. § 3. und REINHARTH de errorib. pragmaticor. §. 44.

(b) "Si monachi mouent litem, semper praesumuntur bono zelo mouisse, nec condemnantur in expensas, etiamsi alia iusta litigandi causa non adpareat, quod, si bona sua dimiserint propter Christum, non est praesumendum, eos adpetere aliena." TEMMEN de lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 2. 3. 4. 89. sqq.

keiten mit seinen Pfarrkindern (c) zum Grunde der Kostenvergleichung dienen müssen. Allein was die Vorsteher der Kirche betrifft, so ist nicht zu zweifeln, daß von ihnen eben das gelte, was ich in Rücksicht der Fiscäle erinnert habe. Sobald sie aus Bosheit oder grober Nachlässigkeit ungerechte Streitigkeiten gerichtlich verfolgt, oder, als Beklagte, ohne Grund sich vertheidigt haben, sind sie schuldig, den dadurch veranlaßten Kostenaufwand aus ihrem Vermögen zu erstatten. — Es ist nur allzu bekannt, daß die Geistlichen bey so wenigen Geschäften, denen sie sich zu unterziehen brauchen, unendlich viele Musse habe, und um diesen geschäfteleeren Raum gehörig auszufüllen, gewöhnlich die alten Papiere ihrer Kirche fleißig durchsuchen. Findet sich in diesen die geringste Spur eines verlohrnen Rechtes oder Gutes, das ihre Amtsvorgänger im Besitze gehabt haben; so kann man, im Ganzen genommen, zuverlässig darauf rechnen, daß sie alles versuchen werden, um diese entrissenen Be-

(c) Huber praelect. ad Instit. Lib. IV. Tit. 16. Seyfarths deutscher Reichsproceß Cap. XXXIII. §. 1.

Besitzungen wieder an sich und ihre Kirche zu bringen, weil mit dem Interesse der leztern ihr eigner Vortheil zu genau verknüpft ist. (d) — Behandelt man sie schonender, als andere streitende Theile, so wird dadurch nicht nur ihre Neigung zum ungerechten Processiren genährt, sondern auch bey einer beständigen Kostenvergleichung der Schatz der Kirche gar bald erschöpft werden. (e) Gleiche Bewandniß hat es mit den Mönchen (f) und Pastoren, (g) in so fern,

(d) Boileau sagt in einer gewissen Stelle von der Parisischen Geistlichkeit: "Plaidons! „C'est là notre partage, c'est l'esprit de l'E„glise."

(e) Arg. L. 14. C. de excusation tutor. "Cer„te in actis, quae ex Ducatu Magdeburgico huc „missa fuerunt, vidi rei vindicationem a paro„cho ratione agrorum, quos saeculo decimo sex„to ad parochiam suam pertinuisse ex charta la„cerata et incerto auctore scripta demonstrare „conabatur, institutam et propter manifestam, „quae obstabat, praescriptionem, reiectam, ipsum„que in expensas condemnatum fuisse." Leyser Specim. LXXXVI. n. 2. Van Espen ius ecclesiastic. P. III. Tit. 2. Cap. 2. n. 38.

(f) Boeer Class. VI. Disp. 30. thes. 48. Lauterbach de expens. victor. §. 52. Weber a. a. O.

(g) Anton Faber in Codic. Lib. III. Tit. 12. def. 5. Martini commentar. forens. a. a. O. n. 28.

fern, als diesen in Rücksicht der Verfolgung ihrer eigenen Rechtsangelegenheiten Bosheit, oder grobe Nachlässigkeit zur Last fällt. Gesetzt auch, daß dergleichen Personen nicht immer aus Eigennutz grundlose Streitigkeiten verfolgen möchten, so kann doch auf der andern Seite in ihren eigenen Leidenschaften der Grund solcher gesetzwidrigen Handlungen liegen. Ist es überdieß nicht doppelt strafbar, wenn der Seelsorger seiner Gemeinde mit diesem Beyspiele vorgeht, und einzelne Glieder derselben zu einem ähnlichen Mißbrauch der richterlichen Hülfe ermuntert. — Wir haben daher einige Proceßordnungen deutscher Provinzen, worinn namentlich befohlen ist: "daß „die ehemals üblich gewesene Compensation der „Kosten, aus der Ursache, weil der Proceß „zwischen Pfarrern und Pfarrskindern geführt „worden, durchaus nicht statt finden soll." (h)

§. 70.

n. 28. Berger oeconom. iur. Lib. IV. Tit. 22. §. 36. Weber a. a. O.

(h) Erläuterung der churſächsischen Proceß- und Gerichtsordnung ad Tit. XXXVI. §. 5. Sachsen-Gothaische Gerichts- und Proceßordnung

§. 70.

4) Von Anverwandten.

Wenn Verwandten mit einander gestritten haben; so behaupten einige, daß der Kostenaufwand allemal zu compensiren sey, (a) und zwar aus dreyfachem Grunde; weil nicht nur 1) das Band der Verwandtschaft temeritatem litigandi ausschließe, (b) sondern auch 2) durch die Verurtheilung in die Unkosten eine zu große Erbitterung der Gemüther zu besorgen sey, (c) und überdieß 3) angenommen werden könne, daß Personen, welche die Natur durch das Band der Verwandtschaft vereinigt hat, aus wechselseitiger Zuneigung den Ver-

nung von 1776. Part. I. Cap. 40. §. 3. Sachsen-Altenburgische erläuterte Gerichts- und Proceßordnung Part. I. Cap. 40. §. 3.

(a) Anton Matthaei de iudiciis Cap. XI. thes. 214. Huber praelection. ad Institut. Lib. IV. Tit. 16. Walchs Wissenschaft, aus den Acten einen Vortrag zu thun a. a. O. Thomas Entwurf der Fuldischen Gerichtsverfassung a. a. O.

(b) Arg. L. 9. D. de testib. L. 9. C. eod. L. penult. D. de iure dot. L. 22. D. de re iudic.

(c) Arg. L. 11. §. 1. D. de dolo malo.

Verluſt der Koſten einander gerne ſchenken würden. Andere hingegen billigen die Koſtenvergleichung nur in ſo fern, als aus den Acten keine wirkliche Chicane zu erſehen iſt. (d) Wie weit indeſſen von dieſer Schonung Gebrauch zu machen ſey; ob ſie blos bey Streitigkeiten der nächſten Blutsfreunde, z. B. der Geſchwiſter, Eltern und Kinder, (e) oder auch bey den Rechtshändeln entfernterer Verwandten und verſchwägerter Perſonen (f) ſtatt finde, darüber ſind theils die Rechtsgelehrten in ihren Mey-

(d) Anton Faber in Codic. Lib. VII. Tit. 18. def. 63. n. 2-6. Klock Vol. III. Conſil. 132. n. 88. ſqq. Carpzov proceſſ. iur. Tit. XXXIV. art. 1. n. 65. Eiusd. iurisprudent. forenſ. Part. I. Conſt. 31. def. 29. Voet. Lib. XLII. Tit. I. §. 22. Martini a. a. O. n. 136. 137. Mencken proceſſ. iur. commun. a. a. O. Seyfarth de compenſatione expenſar. Cap. I. §. 12. Cap. II. §. 2. Cannengieser deciſion. ſummi tribunalis Caſſell. II. 227. 7. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß §. 203. n. 6.

(e) Dieß behaupten unter andern Mencken und Thomas.

(f) Dieſer Meynung ſind Faber, Voet, Carpzov, Martini, Huber und mehrere.

Meynungen uneinig, theils die Gerichtsgebräuche verschieden.

Dem mag nun seyn, wie ihm wolle; so sieht wohl iedermann ein, daß diese angeführten Gründe nichts weniger, als hinreichend sind, um das Band der Verwandtschaft als gesetzmäßigen Grund der Kostenvergleichung betrachten zu können. Die Voraussetzung einer gegenseitigen Liebe befreundeter Personen ändert in der Sache selbst gerade nichts, ia sie verdient beym Kostenerkenntnisse um so weniger in Betrachtung gezogen zu werden, ie gewisser es ist, daß man zwischen Eltern und Kindern, insonderheit aber zwischen Geschwistern und Schwägern nicht selten den unversöhnlichsten Haß antreffe. Die genaue Bekanntschaft, in der sie unter sich stehen; der tägliche Umgang, den sie mit einander haben; ihr eigenes Interesse, das sehr oft in Collision zu kommen pflegt; alles dieß kann zu den bittersten Zwistigkeiten Anlaß geben. Und gehen diese so weit, daß der Sohn seinen Vater, oder der Bruder seinen Bruder vor Gericht belangt, so sehe ich nicht ein, wie

sich da vieles von der Liebe beyder streitenden Theile sagen lasse. Liegt daher in den gerichtlichen Acten nicht einmal ein rechtlicher Grund, wodurch sich der Unterliegende gegen den Vorwurf eines Mißbrauchs der richterlichen Hülfe vertheidigen kann, so ist es in Wahrheit äußerst lächerlich, die Kosten darum zu compensiren, weil sonst der schon existirende Haß vergrößert werden würde. Es ist die Frage, ob nicht eine gesetzwidrige Kostenvergleichung das, was man durch sie verhindern will, am meisten befördere. Wenn der obsiegende Theil überzeugt ist, daß der Grund der angestellten Klage in der Bosheit oder groben Nachlässigkeit seines Blutsfreundes liege; so wird ihm, bey geschehener Compensation der Kosten, das erlittene Unrecht weit empfindlicher schmerzen und weit unvergeßlicher seyn, als wenn er sieht, daß man den Unterliegenden fühlen lasse, daß er gefehlt habe. Ueberdieß vergeht sich doch wohl ein ungerechter Proceßführer, den die Natur durch das Band der Anverwandtschaft mit seinem Gegner verknüpft hat, ungleich mehr, als ein anderer. Jener beleidigt

digt Pflichten der Ehrfurcht und Liebe, die dieser nicht kennt. Weiß er sogar, daß seine Pflichtwidrigkeit ungestraft bleibt, so muß ihm dieses nothwendig die stärkste Lockung seyn, desto ungescheuter seinen armen Verwandten, der vielleicht ein Gegenstand seines Neides ist, auf alle mögliche Art zu chicaniren. Um diesen unseligen Folgen vorzubeugen, ist es nicht blos rathsam, sondern auch unsern Gesetzen entsprechend, daß der Richter bey Processen, welche nahe Blutsfreunde oder andere Verwandten mit einander führen, in Abfassung des Kostenerkenntnisses nach eben denselben Grundsätzen sich richte, die er bey Streitigkeiten zwischen fremden Personen zu befolgen hat. (g) Was das deutsche Provinzialrecht

bes

(g) Zoll de litis expens. refus. §. 25. n. 1. Reinharth de error. pragmaticor. in doctrina de compensat. expensar. §. 42. Berger Elect. disceptat. forens. pag. 1019. Eusd. Supplement. ad Elect. discept. forens. Part. I. Tit. 36. pag. 334. Eusd. Oeconom. iur. Lib. IV. Tit. 22. §. 36. Anmerkungen über den Codic. iur. Bauar. iudic. a. a. O. Cocceii ius controuers. Lib. XLIX. Tit. 1. quaest. 13. pag. 721. Leyser specim. LXXXVIII. medit. 3. Seyfarths deutscher Reichsproceß a. a. O.

betrifft, so giebt es nur wenige Proceßordnungen, nach denen das Band der Verwandtschaft auf den Kostenpunct Einfluß haben kann; (h) hingegen finden sich mehrere, welche die ausdrückliche Vorschrift enthalten, daß die nahe Anverwandtschaft den Succumbirenden von der Kostenerstattung nicht befreyen soll. (i)

§. 71.

(h) Sachsen-Gothaische Gerichts- und Proceßordnung von 1704. a. a. O. Schwarzburgische erneuerte Gerichts- und Proceßordnung Part. III. Tit. 5. §. 2.

(i) Der freyen Reichsstadt Regensburg erneuerte gerichtliche Proceßordnung Tit. XX. §. 3. Hessen-Hanauische Hof- und Ehegerichtsordnung Art. XLVI. §. 290. Erläuterung und Verbesserung der churſächsischen Proceßordnung ad art. XXXVI. §. 5. Sachsen-Gothaische Gerichts- und Proceßordnung von 1776. Part. I. Cap. 40. §. 3. Sachsen-Altenburgische neu erläuterte Gerichts- und Proceßordnung Part. I. Cap. 40. §. 3. Untergerichtsordnung für die Herzogthümer Bremen und Verden Tit. IX. §. 5. Hildesheimische Hofgerichtsordnung Tit. XXXIII. §. 2. Gerichtsordnung der kaiserlich-freyen Reichsstadt Bremen Part. II. Tit. 24. §. 1.

§. 71.

5) Vom unbescholtenen Character des verlierenden Theils.

Diejenigen, welche eine blose Vermuthung redlicher Gesinnungen als hinlänglichen Grund der Kostenvergleichung ansehen, finden es natürlicher Weise sehr bedenklich, einem Unterliegenden, der als ehrlicher und gewissenhafter Mann in gutem Rufe steht, die Kostenerstattung aufzulegen. Sein unbescholtener Character soll gegen den Vorwurf der ungerechten Proceßführung dienen, und eine Milderung des strengen Rechts nothwendig machen. (a) Aber diese

(a) Berlich Part. I. Concluſ. 73. n. 23. Ummius ad proceſſ. disp. XXII. theſ. 8. Menoch de arbitrar. iudic. quaeſt. Lib. II. Centur. 2. Caſ. 177. n. 13. Carpzov proceſſ. iur. l. c. §. 12. 13. Eiusd. iurisprud. forenſ. Part. I. Conſtit. 31. def. 27. n. 6. Martini a. a. O. n. 108. Rebuff tractat. de expenſ. art. I. n. 25. Pestel de expenſ. victor. §. XI. n. 8. Bodinus de expenſ. §. 25. Gewöhnlich beruft man ſich hierbey auf L. 5. §. 6. D. de re militari: "Si *bonus miles* antea aeſtimatus fuit, „prope eſt, vt *eius adfirmationi credatur*." L. 21. D. de rei vindicat. "Si a *bonae fidei poſſes-* „*ſore* fugerit ſeruus, requiremus, an talis fue- „rit, vt cuſtodiri debuerit? Nam ſi *integrae* „*opinionis* videbatur, vt non debuerit cuſtodiri, „abſoluendus eſt poſſeſſor." Dagegen erwiedert

Tem-

diese Gründe sind höchst unrichtig. Unter der Larve des edelgesinntesten Mannes kann die schwärzeste Seele verborgen liegen, ohne daß wir bey den eingeschränkten Gränzen unsers Verstandes diesen Betrug zu entdecken fähig sind. Wenn daher der verlierende Theil den Acten nach als ungerechter Proceßführer anzusehen ist; so kann ihn sein voriger Lebenswandel von den Folgen gesetzwidriger Handlungen nicht befreyen. (b) Er mag bisher immer so redlich gesinnt gewesen seyn, als das Publicum glaubte; so bleibt er doch Mensch, seine Denkungsart kann mit iedem Augenblicke eine andere Richtung bekommen, und möglich ist es, daß dieser traurige Zeitpunct binnen seiner Proceßführung eingetreten sey. — Könnte der redliche

Temmen a. a. O. Cap. IX. Sect. 3. n. 7.: "Non „excusatur bonae fidei possessor propter suammet „legalitatem, sed propter iustam caussam extrin„secus accedentem credendi. Sic a diuersis ma„la fit illatio."

(b) Marqu. Freher de existimatione Lib. II. Cap. 6. n. 30. Ant. Matthaei de iudiciis Cap. XI. thes. 44. Hilliger ad Donell. Lib. XXVI. Cap. 3. litt. H. Zoll de lit. expensar. refus. §. 27. Seyfarth de compensat. expensar. Cap. II. §. 3. Weber a. a. O.

liche Character in unsern Rechtsgrundsätzen das geringste ändern; so würde man ohne Zweifel Subiecte, von denen man weiß, daß sie sonst nie gegen innere Ueberzeugung handeln, von der Leistung des Eides für Gefährde entbunden haben. Da aber unsere Gesetze gerade das Gegentheil sagen; (c) so ist sehr einleuchtend, daß die Vermuthung einer redlichen Proceßführung, welche aus bekannten Gesinnungen des streitenden Theils entspringt, weder die wirkliche Chicane, noch die rechtliche Folge derselben aufhebe. — Man nehme auch an, daß der Sachfällige niemals aus Bosheit ungerechte Processe gerichtlich verfolgt habe, und auch iezt gegen diesen Vorwurf gedeckt sey; so kann er doch, seines redlichen Betragens ohngeachtet, aus grober Fahrlässigkeit gestritten haben und in dieser Hinsicht zur Kostenerstattung verbunden seyn. In Rücksicht des deutschen Provinzialrechts ist zu merken, daß nur wenige Proceßordnungen die Kosten-

(c) „*Nullius* testimonio, *quantumcumque religiosus* existat, nisi iuratus deposuerit, in alterius praeiudicium debet credi." Cap. 51. X. de testibus et attestationibus.

stenvergleichung erlauben, wenn der Ueberwundene als ehrlicher Mann bekannt, und sein Vorsatz zu litigiren nicht offenbar ist. (d)

§. 72.

6) Von der Ehrenrettung des verlierenden Theils.

Manche wollen den Kostenaufwand compensirt wissen, wenn die Ehrenrettung des verlierenden Theils der Gegenstand des Processes gewesen ist. (a) Nach dieser Meynung soll unter andern ein Jeder, den man wegen eines gewissen Verdachts als Richter oder Vormund verwirft; oder wegen seiner Geburt zu Bekleidung dieser oder iener Ehrenstelle untüchtig findet, vollkommene Befugniß haben, alles mögliche zu Wegräumung iener Hindernisse

(d) Hierher gehört nnter andern die Sachsen-Gothaische Gerichts- und Proceßordnung von 1704. a. a. O.

(a) "quum ob pudorem conseruandum plura „concedantur alias prohibita, vt in eo, qui alte-„rum occidit, se defendendo, vt teneatur de ho-„micidio, nisi saluo pudore fugere non potuerit." Menoch de arbitrar. iud. quaestion. a. a. O. Cas. 177. n. 14. Berlich practic. conclus. Part. I. Conclus. 78. n. 41. Bodinus de expens. a. a. O. thes. 20. Mynsinger ad §. 2. Instit. de poena tem. litig. Carpzov iurisprudent. forens. Part. I. Constit. 31. definit. 28. n. 7. Eiusd. process. iur. Tit. XXIV. art. 1. n. 70. sqq. Seyfarths deutscher Reichsproceß a. a. O. n. 4.

nisse anzuwenden und so lange zu streiten, bis er durch das richterliche Urtheil sachfällig wird. Man beruft sich hierbey auf L. 36. D. de fideicommissariis libertatibus; L. 48. D. Mandati; vorzüglich aber auf **Ulpians** Worte in L. 25. D. de procuratoribus et defensoribus: "Si aduersarius vel ipse procurator dicat, do„minum mentiri, apud praetorem haec fieri „oportet, nec ferendus est procurator, qui „sibi adserit procurationem, nam hoc ipso „suspectus est, qui operam suam ingerit in„vito, nisi forte purgare magis conuitium, „quam procurationem exsequi maluit; et hac„tenus erit audiendus, si dicat, se procura„tione quidem carere velle, *si id illaesa sua* „*existimatione fiat. Ceterum ferendus erit*, „*existimationem suam purgans.*" (b) Allein wenn man alles das, was in angezogenen Gesetzen enthalten ist, zusammen nimmt, so sagen sie weiter nichts, als daß der Richter denjenigen, welcher seine Ehre zu vertheidigen ge-

(b) "Pudorem suum purgare volens, audien„dus est, *iustam*que litigandi caussam habere in„telligitur" sagt GOTHOFRED in notis ad laudatam legem.

gedenke, nothwendig hören müsse. Daß hingegen die mißgelungene Ehrenrettung einen rechtmäßigen Grund der Kostenvergleichung abgebe, dieß, denke ich, sollte weder aus Ulpians Worten, noch aus der Natur der Sache herzuleiten seyn. Sobald iene Vorwürfe, durch welche der verlierende Theil an seiner Ehre sich beleidigt gefühlt hat, auf rechtliche Art erwiesen sind; so ergiebt sich ia von selbst, daß er gegen innere Ueberzeugung gestritten habe, folglich als temerarius litigator in die Kosten zu verurtheilen sey. (c) Gleichwohl giebt es Proceßordnungen, welche dergleichen sachfällige Parteyen der Kostenvergleichung würdig achten. (d)

§. 73.

7) Von der Armuth des verlierenden Theils.

Auch hat man sachfällige Parteyen, welche zum Armenrechte zugelassen worden, vom Er-

(c) Temmen de lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 30-37. Weber a. a. O.

(d) Hierher gehört unter andern die Sachsen Gothaische Gerichts- und Proceßordnung von 1704. a. a. O.

Ersatze der Kosten an den obsiegenden Theil in Fällen, wo ihnen solcher nach obigen Bestimmungen obliegt, völlig entbinden wollen, weil nicht zu vermuthen sey, daß Personen, für deren Wohlstand die Natur so wenig gesorgt zu haben scheine, zu Verfolgung ungerechter Sachen Muth und Fähigkeit besitzen sollten. (a) Da aber die Erfahrung leider mehr, als zu viel, gelehrt hat, daß auch der Arme seinen Gegner aus Bosheit, oder grober Nachlässigkeit vor Gericht ziehe, und desto sorgloser diesen Schritt wage, ie weniger er dabey zu verlieren, oder zu fürchten hat; so darf man ihn, wenn er den Acten nach als ungerechter Processführer zu betrachten ist, keinesweges schonender, als ieden andern streitenden Theil behandeln, wofern man ihm nicht das ungerechte Processiren geflissentlich erleichtern will. (b) Besitzt daher der Sachfällige nur ir-

(a) Lancellott de attentat. Part. II. Cap. 14. n. 2. Bodinus de expens.

(b) "Paupertas quidem indigentium per misericordiam est subleuanda, at ideo non aliis sua „auferenda, aut iniusta irroganda sunt." David Mevii decision. Part. V. decis. 30. n. 6.

irgend etwas eigenthümliches; so muß der Richter, auf gegenseitiges Verlangen, wegen executivischer Beytreibung der veranlaßten Kosten das Erforderliche iedesmal verfügen; ist er aber so arm, daß er gar nichts im Vermögen hat, so tritt die Rechtsregel ein: Qui non habet in aere, luat in corpore. (c) Dieß bestätigen sowol die allgemeinen, (d) als auch besondern Gesetze unsers deutschen Reichs. (e)

§. 72.

(c) L. 4. C. de seruis fugitiu. (VI. 1.) L. 7. §. 3. D. de iurisdict. (II. 2.) L. 1. §. 3. D. de poen. (XLVIII. 19.) L. fin. D. de in ius vocando. (II. 4.) L. 9. D. de incendio. L. 6. C. §. fin. de modo multar. (I. 54.) L. 12. §. 5. et vlt. C. de aedific. priuat. (VIII. 10.) Temmen de lit. expens. Cap. V. n. 53. Cap. VIII. n. 23. Carpzov. prax. crimin. Part. I. quaest. 34. n. 49. Part. III. quaest. 102. n. 30. quaest. 138. n. 23. Huber praelect. ad Lib. IV. Instit. Tit. 16. Cocceii ius controu. Tit. I. quaest. 13. pag. 721. Martini a. a. O. n. 184. sq. Leyser Specim. LXXXVIII. medit. 9. Claproths Einleitung in den bürgerlichen Proceß Th. II. §. 203. Weber a. a. O.

(d) Reichsabschied von 1600. §. 8. Concept der kaiserl. Reichs-Cammergerichts-Ordnung Th. I. Tit. 55. §. 2. und Tit. 70.

(e) Codex iur. Bauar. iudic. Cap. XVII. §. 4. n. 8.

§. 74.

8) Vom Eide für Gefährde.

Sogar die Leistung des iuramenti calumniae generalis und specialis haben manche für einen gültigen Grund der Kostenvergleichung gehalten, quod, postquam de calumnia iuratum est, iusta adsit litigandi caussa, nec vllus propriae salutis immemor esse praesumatur. (a) Mit Recht haben andere diesen Irrthum schon längst widerlegt, weil nicht nur

1) der Sachfällige, welcher durch die Schwörung des erwähnten Eides zwar den Verdacht vorsätzlicher Bosheit von sich abgelehnt hat, dennoch wegen grober Nachlässigkeit zur Kostenerstattung verpflichtet seyn kann; sondern auch 2) aus iener Meynung folgen würde,

n. 8. Corpus iur. Friderician. B. I. Th. I Tit. 23. §. 32. ff. Leipzig. Gerichts- und Proceßordnung; Jenaische Gerichts- und Proceß-Ordnung; Erneuerte Landesordnung des Erbmarggrafthums Mähren S. 97. u. a. m.

(a) Berlich pract. conclus. Vol. I. Conclus. 78. n. 43. Carpzov iurisprudent. forens. Part. I. Const. 31. def. 30. Eiusd. process. iur. Tit. XXIV. art. I. n. 55.

würde, daß nach gemeinen Rechten, (b) und verschiedenen Provinzialgesetzen, welche den allgemeinen Eid für Gefährde noch fordern, der verlierende Theil eigentlich nie in die Kosten verurtheilt werden dürfte. (c) Und hiermit stimmen mehrere Proceßordnungen deutscher Provinzen überein. (d) — Daß übrigens

(b) Auth. Hoc sacramentum C. de iuramento propter calumniam dando.

(c) Menoch Lib. V. praesumt. 25. n. 4. Hilliger ad Donell. Lib. XXXVI. Cap. 3. litt. H. Esbach ad Carpzovii iurisprudent. forens. l. c. Harpprecht de expens. victoriae praestito iureiurando adiudicandis vel compensandis §. 8. Pestel de expens. victor. §. 12. Temmen de lit. expens. Cap. IX. Sect. 4. Lauterbach de expens. victor. §. 46. Zoll de lit. expensar. refus. §. 28. Schoepff de process. summ. adpellat. tribunal. Ducat. Würtemb. Cap. XVIII §. 1. Besold ad ius prouinc. Würtemb. Part. I. th. 87. Anmerkungen zum Cod. iur. Bauar. iudic. a. a. O. Mencken proces. iur. comm. a. a O. Leyser Spec. LXXXVIII. medit. 11. Seyfarths deutscher Reichsproceß a. a. O. Oelze Anleitung zur iuristischen Praxis §. 287. Claproths Einleitung in den ordentlichen Proceß §. 203. Weber §. 12. Anmerk. 6.

(d) Codex iur. Bauar. iudic. Cap. XVII. §. 4. n. 8. Brem- und Verdische Hofgerichtsordnung Th. III. Tit. 9. §. 2. Untergerichtsordnung

gens derjenige, welcher das iuramentum calumniae nicht abschwören mag, als temerarius litigator in die Kosten zu verurtheilen sey, wird niemand bezweifeln. (e)

§. 75.

9) Vom jüngsten und gegenwärtigen Besitze.

Man hat ferner geglaubt, daß derjenige, welcher im summariissimo gewinnt, mit der Erstattung aller deshalb aufgelaufenen Kosten zu

nung für die Herzogthümer Bremen und Verden Tit. IX. §. 5. Cellische Oberappellationsgerichtsordnung Part. II. Tit. 13. §. 2. Proceßordnung des Tribunals zu Wismar Th. II. Tit. 39. §. 3. Gerichtsordnung der kaiserlichen freyen Reichsstadt Bremen Part. II. Tit. II. §. 6.

(e) Des Fürstenthums Würtemberg gemeines Landrecht Th. I. S. 87. Hofgerichtsordnung des Herzogthums Zweybrück Tit. XXVI. Stift-Paderbornische erneuerte und verbesserte Hofgerichtsordnung Tit. XXVII. §. 1. Der Stadt Stralsund revidirte Gerichtsordnung Cap. XXII. § 2. Brem- und Verdische Hofgerichtsordnung Th. II. Tit. 8. Proceßordnung des Tribunals zu Wismar Th. II. Tit. 16. Holsteinische Hofgerichtsordnung Th. II. Tit. 10. Hildesheimische Hofgerichtsordnung Th. I. Tit. 16. §. 4-5. Proceßordnung der Reichsstadt Mühlhausen Tit. XI. §. 2.

zu verschonen sey; und höchstens wegen der nachherigen Kosten verantwortlich bleibe, wenn allenfalls im possessorio ordinario, oder petitorio gegen ihn entschieden werde. (a) Dagegen haben andere mit gutem Grunde behauptet, daß das Unterliegen im summariissimo, der Regel nach, sogleich die Verurtheilung der Kosten nach sich ziehe, weil der verlierende Theil die dringende Vermuthung eines unrechtmäßigen Besitzes gegen sich habe; daß aber auch der obsiegende Theil, welcher nachher im petitorio sachfällig wird und den Verdacht einer ungerechten Proceßführung durch sonstige gute Gründe nicht abzuwenden weiß, zur Erstattung aller vorigen Kosten anzuhalten sey, gesetzt auch, daß dieselben bereits compensirt seyn sollten. (b) Obgleich diese Grundsätze

der

(a) Rivin ad O. P. S. Tit. XXXVI. Enucl. 9. Berlich decis. VII. n. 7. Carpzov Lib. I. Resp. 18. Eiusd. tractat. de inhibit. posit. IV. n. 35. sq. Eiusd. Promtuar. iur. Part. I. pag. 602. n. 7. Mev. Part. VII. decis. 335. Martini Commentar. forens. a. a. O. n. 129.

(b) Mencken proceff. iur. commun. a. a. O. Leyser Specim. LXXXVIII. medit. 10. Strubens

der Natur der Sache sehr angemessen sind; so findet man doch, daß deutsche Provinzialgesetze hin und wieder eine Aenderung machen; z. B. nach der Sachsen-Altenburgischen neu erläuterten Gerichts- und Proceßordnung (c) "soll derjenige, welcher in possessorio summa„rissimo geschützt worden, da er hernach in „possessorio ordinario oder petitorio verlöre, „nichts desto weniger, falls er sonst nichts für „sich hätte, pro malae fidei possessore geach„tet, und alle, auch die durch das possessori„um summariissimum verursachte Kosten, „wenn nicht durch rechtskräftige Urthei„le und Bescheide ein anderes erkannt, „zu erstatten schuldig seyn."

§. 76.

10) Von der Provocation *ex lege diffamari.*

Nicht weniger vertheidigt man die Kostenvergleichung, wenn auf geschehene Provo-

bens rechtliche Bedenken Th. I. Nr. 10. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß §. 203. Thomas Entwurf der Fuldischen Gerichtsverfassung §. 75. Anmerk. c. Weber §. 14.

(c) Part. II. Cap. 3. §. 8.

vocation ex lege diffamari erkannt worden ist, daß Diffamant mit seinen gerühmten Ansprüchen nicht weiter gehört werden solle. (a) Allein diese Meynung widerspricht der Natur der Sache offenbar. — Da ein Jeder, welcher seine Ansprüche, von deren Grund er überzeugt ist, gerichtlich durchsetzen kann; so macht der Diffamant dadurch, daß er blos außergerichtlich sich derselben rühmt, seine bonam fidem etwas verdächtig, und giebt nachher, wenn er vom Diffamaten zur Klage aufgefordert wird und seine angebliche Forderung nicht erweisen kann, deutlich zu erkennen, daß er ohne Grund, und wahrscheinlich gegen seine Ueberzeugung gestritten habe. Er (b) bleibt folglich

(a) Rivin ad O. P. S. Tit. XXXVI. Enucl. Io. Schaumburg princip. prax. iudic. L. I. S. I. M. IV. Cap. 2. §. 12. not. x. p. m. 311. Philippi proceſſ. Saxon. Tit. I. Conſil. 4. n. 7. Carpzov promtuar. iur. pract. Part. I. pag. 602. n. 7.

(b) Richter Part. II. deciſ. 100. n. 107. Mev. ad ius Lubec. Lib. I. Tit. 4. art. 3. n. 8. Beust de ſponſalib. Cap. XXXIII. Martini Commentar. forenſ. Tit. I. §. 5. n. 17. Mencken proc. iur. commun. Tit. XXXVI. §. 13. Temmen de

lich, der Regel nach, eben so, wie derjenige, dem es am Beweise der geschehenen Diffamation fehlt; (c) oder dem die Richtigkeit der gerühmten Ansprüche rechtlich dargethan ist, (d) in Rücksicht des veranlaßten Kostenaufwandes verantwortlich.

§. 77.

11) Von der zweifelhaften *bona fide* des verlierenden Theils.

Noch heutiges Tages pflegen die angesehensten Gerichtshöfe und Facultäten in zweifelhaften Fällen, wenn weder bona, noch mala fides des verlierenden Theils rechtlich erwiesen werden kann, die aufgewendeten Kosten zu compensiren. Indessen läßt sich diese üble Gewohnheit durch deutsche Reichs- und Pro-

lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 12. Weber a. a. O.

(c) Gail I. obs. 12. n. 2. Beust a. a. O. Martini a. a. O. n. 61. Hildesheimische Hofgerichtsordnung Tit. XXXV. §. 5. Gerichtsordnung der kaiserlichen freyen Reichsstadt Bremen Part. II. Tit. 5. §. 5.

(d) Beust a. a. O. Mev. a. a. O. n. 8. Martini a. a. O.

Provinzialgesetze keinesweges vertheidigen. (a) Denn wenn in beyden verordnet ist, daß die Vergleichung der Kosten ohne genugsame Ursache nicht geschehen dürfe; so ist es gewiß, daß der Richter den verlierenden Theil, welcher gegen die Vermuthung der Bosheit oder groben Fahrlässigkeit durch gute Gründe sich nicht entschuldigt hat, iedesmal zur Kostenerstattung verurtheilen müsse. (b)

(a) S. die §. 12. angeführten Stellen der Reichs- uud Provinzialgesetze.

(b) Menoch de praesumtion. Lib. II. Cap. 87. n. 1. Reinharth de error. pragmaticor. in doctrina de compensat. expensar. §. 25. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß §. 203.

Einige

der

vorzüglichsten Provinzialgesetze

Deutschlandes

über

die Proceßkosten.

I.

Allgemeine Gerichtsordnung für die böhmischen, österreichischen, deutschen Erblande.

Cap. XXXVII. §. 398.

Jener, der in dem abgeführten Rechtsstreit sachfällig geworden, hat dem Gegentheile iedesmal die aufgelaufenen Gerichtsunkösten zu vergüten, ausgenommen, wenn der Richter aus erheblichen Ursachen die Gerichtsunkösten zwischen beyden Theilen aufzuheben fände; iedoch ist der Richter in folgenden Fällen hierzu nicht berechtigt: a) wenn der Sachfällige seine eigne Handlung, worauf die Entscheidung der Sache beruhete, widersprochen hat, und deren überwiesen worden ist; b) wenn der Sachfällige wider den klaren Buchstaben des Gesetzes gestritten hat; c) wenn er in der Hauptsache gar keine Red' und Antwort gegeben hat; d) wenn er wider einen Spruch der ersten Instanz die Appellazion ergriffen hat und in zweyter Instanz ebenfalls sachfällig geworden ist; in welchem lezten Fall der Sachfällige die Appellazionsunkösten iederzeit zu tragen hat.

§. 399.

Eben so ist in den Ersatz der Unkösten iener zu verurtheilen, der vor der Erkenntniß von dem Prozeße abgestanden ist.

§. 400.

Dagegen kann iener, der einmal einen Spruch für sich hat, von dem obern Richter in die Gerichtskösten nie verurtheilt werden.

§. 409.

Wenn der Richter in dem abgeführten Prozesse, oder in der ergriffenen Appellazion, oder Revision bey einer oder anderer Partey eine offenbare Widerrechtlichkeit, und besondern Muthwillen bemerkte, hat derselbe die betreffende Parthei und ihren bestellten Rechtsfreund mit einer angemessenen Strafe am Gelde oder Leibe anzusehen.

Siehe Josephs des Zweyten, Römischen Kaisers, Gesetze und Verfassungen im Justizfache. Prag und Wien 1786. Desgleichen: Joh. Nepom. Neuholds Versuch einer practischen Einleitung zur allgemeinen seit dem 1. May 1782. in allen österreichischen und böhmischen Erblanden gleichförmig eingeführten Verfahrungsart in Rechtssachen; Gräz 1782. Hauptst. XXXVI. §. 520. und Handbuch der kaiserlich-königlichen Gesetze. Salzburg 1786. B. I.

II.

Codex iuris Bauarici iudiciarii de anno 1753. München 1755.

Cap. XIII. §. 3. n. 11.

Wird hingegen der angeboten oder referirte Eid ohne rechtmäßige Ursach recusirt, oder pro recusato gehalten, so soll der Recusant nicht nur in der Hauptsach, sondern auch in alle verursachte Kösten und Schäden condemnirt werden.

Cap. XVII. §. 4. n. 2. 3 und 8.

Die Kösten erhaltenen obsieglichen Urtheils soll der Richter allezeit bis zu dem Endurtheil verschieben, alsdann aber solche dem obsiegenden Theil, sowol in erster, zweyter, als weiterer Instanz, entweder auf Begehren, oder allenfalls von Amtswegen mit und nebst der Hauptsache erkennen, ausgenommen da — der verlustigte Theil redliche Ursach zum Streiten gehabt, welches der Richter lediglich aus denen in actis vorkommenden Behelfen zu ermäßigen und hierunter weder auf die Personen, noch die strittige Sach selbst, und ebenso wenig auf die Kriegsbefestigung, oder Publication der Zeugen Aussag und die von ein und ander Theil abgelegte Juramente zu sehen hat. —

Soll

Soll man endlich zu Verhütung unnöthig und muthwilliger Strittigkeiten die Kösten nicht so leicht mehr compensiren oder übergehen — die unvermögenden Parteyen aber, welche mit Geld oder Gut nicht bezahlen können, hart und exemplarisch an Leib strafen.

III.

Churſächsische Proceß- und Gerichtsordnung Dresden 1715.

Tit. XXXV. §. 4.

Dieweil aber sonderlich dieß Mittel sehr mißbraucht wird, auch also, daß fast kein Urtheil, es sey die Sache so klar, wie sie wolle, publiciret werden kan, daß nicht ein oder der andere Theil leutere, so sollen nicht allein in den Leuterungs-Sachen, die muthwilligen Leuteranten, welche keine declaratoriam erhalten, in die expensas retardati processus vertheilet werden.

Tit. XXXVI. §. 1.

So wollen Wir, daß, so offt befunden wird, daß ein oder das andere Theil seines Vornehmens nicht erhebliche Ursachen gehabt, man daſſelbe auf des Gegenparts Bitt und Begehren, in die Expens vertheilen, uñ die nicht leichtlichen compensiren, da es auch gleich nicht gebeten würde, doch zu des Richters Ermäßi-

mäßigung stehen solle, ob sie, nach Befindung, auff die Expens erkennen wollen.

IIII.

Friedrich Augusts, Königs von Pohlen und Churfürsten zu Sachsen ꝛc. Erläuterung und Verbesserung der bisherigen Proceß- und Gerichts-Ordnung. Dresden 1724. 4.

Ad tit. V. §. 8.

— Würde auch Kläger, da er dergleichen gewisses Quantum vom Beklagten fordert, in dem Beweiß nicht dasselbe, sondern ein weniger ausführen, soll Beklagter dennoch darauf condemniret, und hierüber nach Befinden, darum, daß er das geringere, so er würklich schuldig, nicht gleich anfangs eingeräumet, zu Erstattung derer Proceßkosten vertheilet, und solche keinesweges compensiret werden; gleichwie hinwieder Kläger, wenn Beklagter das Minus, so er schuldig zu seyn vermeinet, bald Anfangs zu bezahlen offeriret, iener aber solches nicht acceptiret, und doch ein mehrers nicht ausführet, pro temere litigante zu achten, und dahero gleichergestalt zu Bezahlung derer verursachten Proceßkosten anzuhalten, auch nach Befinden willkührlich zu bestraffen.

Ad tit. XXXVI. §. 5.

Endlich ist zwar in unserer Gerichts-Ordnung hoc tit. bereits versehen, daß die Expensen nicht leichtlich compensiret werden sollen; Dieweil Wir aber biß anhero mißfällig verspühret, daß deme zuwider, zum öfftern auf die Compensation erkannt worden; So wollen Wir diese Verordnung hiermit nochmals ernstlich wiederholet, auch zugleich dahin erweitert haben, daß auch bey denen Processen zwischen nahen Anverwandten, denen Gerichts-Herren und ihren Unterthanen, denen Pfarrern und ihren Pfarr-Kindern und dergleichen, es ebenmäßig also gehalten, auch der Beklagte, da er die libellirten Forderungen vermindern möchte, nichts desto weniger nach Maaßgebung dessen, so oben ad tit. V. §. 8. enthalten, in die Unkosten condemniret werden solle. Und obwohl in denen Fällen, da in der Hauptsache der Eyd deferiret und geleistet, oder auch von denen Partheyen das Suppletorium und nach Befinden das Purgatorium abgeschworen worden, die Unkosten ordentlicher Weise zu compensiren, so soll doch hingegen solches auf den Fall, da die Eydes-Delation nicht über der ganzen Klage, noch über der Haupt-Exception, sondern nur über einen oder den andern Punct oder Articul geschehen, keinesweges extendiret, sondern alsdenn

denn gleichwohl nach Befinden, sowohl auch, wenn der, dem der Eyd deferiret, solchen abzuschweren nicht vermag, oder auch denselben referiret, und der Deferent darauf den Haupt-Eyd, nebst dem Eyde vor Gefährde, würklich abgeleget, zugleich auf Erstattung derer Unkosten erkannt werden.

V.

Corpus Iuris Fridericianum.

Buch I. Th. I. Tit. 23.

§. 1.

Die Gerichte sollen, bey Abfassung der Erkenntnisse, zugleich das Erforderliche wegen der Kosten, Strafen, Zinsen, Schäden, Früchte und Abnutzungen, die etwa eine Parthey der andern zu erstatten oder sonst zu entrichten hat, iedesmal mit festsetzen.

§. 2.

Was zuförderst die Kosten betrifft, so soll deren Compensation in erster Instanz, der Regel nach, niemals statt finden, sondern derienige, welcher in der Hauptsache unterliegt, soll auch iedesmal, dem Gegentheil die Kosten zu erstatten, angehalten werden.

§. 3.

Die Compensation dieser Kosten erster Instanz soll also nur alsdenn zuläßig seyn:

1) Wenn der Kläger mehr gefordert hat, als ihm gebührt und zuerkannt wird; oder wenn er die Sache oder Summe früher oder an einem andern Orte, allwo sie ihm würklich zukommt, verlangt hat. Wenn iedoch die Plus-Petitio des Klägers nur eine Kleinigkeit betroffen, und die aufgelaufenen Kosten hauptsächlich nur dadurch, daß der Beklagte auch den würklich rechtmäßigen Theil der Forderung nicht einräumen wollen, verursacht worden sind; so muß der Richter, bey dem Erkenntnisse wegen der Kosten, sich nach der Vorschrift des folgenden n. 2. achten.

2) Wenn eine Sache aus mehreren Puncten oder aus Forderungen und Gegenforderungen besteht, und bey einigen derselben für den Kläger, bey andern aber für den Beklagten erkannt wird. Doch muß hierbey eine billige Proportion beobachtet werden; dergestalt, daß wenn die Puncte, bey welchen der eine Theil obsiegt, nicht von sonderlichem Betrag, und ohne große Weitläuftigkeit ins Licht gesetzet worden sind; diejenigen aber, bey wel-

welchem ein widriges Urtel gegen ihn ergeht, eine weitläuftige und kostbare Instruction verursacht haben, alsdenn die Prozeßkosten von beyden Theilen nicht zur Hälfte, sondern in einem anderweitigen, von dem Richter nach vernünftigem und billigem Ermessen zu bestimmenden Verhältnisse, getragen werden müssen.

3) Wenn das Factum, aus welchem iemand belangt wird, nicht ein eigenes, sondern das Factum eines Dritten, z. E. des Erblassers, ist, und sich bey der Untersuchung findet, daß der Beklagte nicht eher, als bey eben dieser Untersuchung, sich von der Richtigkeit der Angaben des Klägers zu überzeugen, Gelegenheit gehabt habe. Ein gleiches gilt auch von dem Falle, wenn der Kläger aus einem an sich richtigen Facto geklagt hat, und nur auf den Grund einer Einwendung abgewiesen wird, die auf einem Facto alieno beruht; in so fern nemlich bey der Untersuchung sich ergeben hat, daß der Kläger von der Richtigkeit dieses Facti sich nicht füglich anders, als durch eben diese Untersuchung hat überzeugen können.

4) Wenn bey der Instruction der Sache der Grund oder Ungrund eines Facti nicht

vollständig hat ausgemittelt werden können, und daher der Richter auf einen Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid erkannt hat. Auf den Fall, daß solcher geleistet wird, müssen die Kosten gegen einander aufgehoben; dagegen aber derjenige in den Ersatz derselben verurtheilt werden, welcher dergleichen von ihm geforderten nothwendigen Eid nicht ableisten kann.

5) Wenn eine Rechtsfrage streitig gewesen, und zu deren Entscheidung ein Decisum der Gesetz-Commission hat eingeholt werden müssen; so soll dieses die Compensation der Kosten nach sich ziehn. Hat iedoch diese Rechtsfrage nur einen von mehrern Puncten, oder nur einen Nebenumstand betroffen; so muß der Richter bey dem Erkenntniß wegen der Kosten sich nach den Vorschriften n. 1. et 2. achten.

§. 4.

Es giebt aber auch Fälle, wo derjenige, welcher zum Theil ein obsiegliches Urthel erhält, dennoch in den Kosten-Ersatz condemnirt werden muß, nemlich:

1) Wenn der Beklagte, gleich zu Anfang des Prozesses, und in der Antwort auf die Klage, von der Forderung des Klägers

gers so viel eingeräumt hat, als diesem nachher in dem Urtel wirklich zuerkannt wird; der Kläger aber sich damit nicht begnügen, sondern den Prozeß wegen des mehr Geforderten fortsetzen wollen.

2) Wenn dem Kläger oder Beklagten bey dem Versuch der Sühne von dem Gegentheil, oder auch, mit dessen Beystimmung, von dem Deputato Collegii, gewiße Vergleichs-Bedingungen offerirt wörden; er aber solche nicht annehmen wollen, und in dem nachherigen Urtel nur eben so, oder noch nachtheiliger für ihn erkannt wird; so muß er, den §. 3. n. 5. angegebenen Fall allein ausgenommen, dem Gegentheil die Kosten erstatten.

Hätte iedoch in diesem Falle der Kläger anfänglich eine Plus-Petition begangen, und erst bey dem Versuch der Sühne die Moderation seiner Forderung bis zu deren rechtmäßigen Betrage, sich gefallen lassen; der Beklagte aber wollte, auch nach dieser Moderation, sich zu seiner Schuldigkeit noch nicht verstehen; so müssen die Kosten bis zu dem Zeitpuncte des tentirten Vergleichs, nach den Grundsätzen des §. 3. n. 1., compensirt, und der Beklagte nur in diejenigen, welche nachher noch aufgelaufen sind, verurtheilt werden.

§. 5.

Die Kosten der Appellations-Instanz müssen, wenn das vorige Urtel durchgehends bestätigt wird, allemal dem Appellanten auferlegt werden. Wird aber das vorige Urtel in ein- oder anderm Stücke abgeändert, und geschieht solches ohne neue Untersuchung; so sind die Kosten erster und zweyter Instanz zu compensiren; dabey aber, wenn mehrere Puncte oder Forderungen verhandelt worden, die Vorschrift des §. 2. n. 2. zu beobachten. Ist die Appellation von einem Untergerichte eingekommen, und der zweyte Richter befindet, daß in erster Instanz eine Nullität begangen worden; so soll der Unterrichter allemal für schuldig erkannt werden, beyden Theilen die Kosten der ersten Instanz zu erstatten; wegen der Appellations-Kosten aber finden eben die Vorschriften, wie bey denen in erster Instanz, Anwendung.

§. 6.

Wird hingegen das erste Urtel, in der Appellations-Instanz, auf den Grund einer neuen Untersuchung abgeändert; so kömmt es darauf an: ob der Appellant bey dieser Untersuchung die Schuld, daß die neuen Facta, oder Beweismittel, nicht in erster Instanz angegeben und untersucht worden, von sich abgelehnt

lehnt habe oder nicht. Erstern Falls sind die Kosten beyder Instanzen zu compensiren; letzternfalls muß der Appellant die Kosten der Appellations-Instanz, des erhaltenen günstigen Urtels ohnerachtet, tragen; und mit den Kosten erster Instanz ist es eben so zu halten, wie geschehen seyn würde, wenn diese Facta und Beweismittel schon in dieser Instanz wären angebracht und aufgenommen worden.

§. 7.

Sollte sich auch bey dieser Untersuchung in der Appellations-Instanz ergeben, daß nicht nur die neuen Facta oder Beweismittel, in erster Instanz, ohne Schuld des Appellanten zurückgeblieben sind; sondern auch, daß der Appellat deren Beybringung auf irgend eine Art geflissentlich verhindert habe; so muß Letzterer die Kosten der Appellation allein tragen, und in Ansehung der ersten Instanz bleibt es bey den obigen allgemeinen Vorschriften.

§. 8.

Hat in der zweyten Instanz der Appellant zwar auf keine Untersuchung angetragen, der Appellat aber, zur Unterstützung des vorigen Urtels, neue Facta oder Beweismittel anzubringen, nöthig gefunden; und dieses Urtel wird zwar bestätigt; es ergiebt sich aber bey Abfassung des Appellations-Erkenntnisses,

daß, wenn die neue Untersuchung nicht hinzugekommen wäre, eine Abänderung zum Vortheil des Appellanten hätte erfolgen müssen; so sind die Kosten der Apellations-Instanz, der erfolgenden Bestätigung des ersten Urtels ohnerachtet, zu compensiren; oder auch von dem Appellaten allein zu tragen, wenn er die Schuld der unterbliebenen Beybringung dieser Nouorum bey der Untersuchung nicht von sich hat ablehnen können. Mit den Kosten erster Instanz wird es alsdenn eben so gehalten, wie §. 6. verordnet ist.

§. 9.

In der Revisions-Instanz muß, bey erfolgender Bestätigung der vorigen Urtel, der Revident allein sämmtliche Kosten tragen; welche hingegen compensirt werden, wenn in dem Erkenntnisse eine Abänderung dieser Urtel enthalten ist. Bey mehrern in die dritte Instanz gediehenen Puncten muß iedoch die Vorschrift des §. 3. n. 2. beobachtet werden.

§. 10.

Ist die Appellations- und Revisions-Instanz von beyden Theilen reciproce ergriffen worden; so werden, in der Regel, die sämmtlichen Kosten gegen einander aufgehoben. Wird iedoch das vorige Urtel nur in Ansehung des einen Theils abgeändert, in Ansehung des

Gegners aber bestättigt; so muß der Richter, nach Beschaffenheit der Umstände und vernünftigem Ermessen, der Vorschrift des §. 3. n. 2. gemäß, letztrem den Ersatz eines proportionirlichen Theiles der Appellationskosten auflegen.

§. 11.

Wird ein erst in der Revisions-Instanz angebrachtes Nouum zur anderweitigen Untersuchung verwiesen; so muß diese Untersuchung in erster Instanz allemal auf Kosten desienigen, der sich mit diesem Anbringen verspätet hat, erfolgen.

§. 12.

Eben so ist es zu halten, wenn ein rechtskräftiges Urtel, nach Vorschrift des Tit. XVI. auf den Grund einer obwaltenden Nullität angefochten wird. Denn, wenn auch diese Nullität ausgewiesen wird, so muß dennoch der Implorant allemal die Kosten der desfalls zu veranlassenden Untersuchung allein tragen; es wäre denn, daß der Implorat an der vorgefallnen Nullität, z. E. durch Verfälschung des Ducuments, Bestechung der Zeugen, u. s. w. selbst Schuld hätte; als in welchem Falle derselbe dem Imploranten sämmtliche Kosten zu erstatten verbunden ist. Findet sich hingegen bey der Untersuchung, daß ein Dritter daran Ursach sey, z. E. der, welcher sich ohne Befugniß

fugniß des Richteramts angemaßt; der sich fälschlich für den Bevollmächtigten des Imploranten ausgegeben; der Richter, der ohne hinlänglich bescheinigte Insinuation in contumaciam erkannt; der Gerichtsbediente, welcher von der Insinuation falsch berichtet hat, u. s. w.; so hat es zwar dabey, daß der Implorant die Kosten der Untersuchung, ohne Theilnehmung des Imploraten, tragen müsse, sein Bewenden; der Richter aber muß in dergleichen Fällen ex officio dafür sorgen, daß der Schuldige deshalb zur Verantwortung gezogen, und den Partheyen allen Schaden, folglich auch dem Imploranten die Kosten der neuen Untersuchung zu erstatten, ohne prozessualische Weitläuftigkeiten, angehalten werde.

§. 13.

Bey dem Restitutions-Gesuch wegen neu aufgefundener Documente, muß der Provocant gleichergestalt allemal, und ohne Unterschied, wenn er auch restituirt wird, und ein besseres Urtel erhält, die Kosten der Untersuchung in erster Instanz tragen. Es wäre denn, daß sich bey dieser Untersuchung ergeben hätte: wasmassen der Gegentheil auf eine oder andere Art vorsätzlich und thätig verhindert habe, daß die Urkunden nicht früher zur Wissenschaft des Provocanten gelangt sind; in welchem

Falle

Falle er demselben die Kosten der Untersuchung zu erstatten schuldig ist.

§. 14.

Bey der Restitution, die von einem gewesenen minorennen, oder andrer die Rechte der Minderjährigen habenden Parthey, wegen erlittner Läsion, gesucht wird, soll die Entscheidung der Frage: wer die Kosten zu tragen habe? von der Entscheidung der Hauptsache abhängen.

§. 15.

In allen Fällen, wo gegen ein rechtskräftiges Urtel eine Nullität ausgeführt, und Restitution gesucht und erhalten wird, muß darüber: wer die Kosten des vorigen Prozesses zu tragen habe? in dem neuen Haupt-Urtel, nach obigen Vorschriften, besonders mit erkannt; und vorzüglich darauf Rücksicht genommen werden: in wie fern einer oder der andere Theil daran, daß die vorigen Urtel null gewesen, und dem Imploranten dadurch eine Läsion zugefügt worden, mehr oder weniger Schuld gehabt habe.

§. 16.

Wenn iemand im Fortgang der Sache dem Prozesse entsagt, so ist er dem Gegentheil die bis dahin aufgelaufene Kosten zu erstatten

schuldig;

schuldig; außer wenn die §. 3. n. 3. bestimmten Umstände vorwalten.

Gleiche Bewandniß hat es, wenn iemand der ergriffenen Appellation oder Revision entsagt; denn alsdenn muß er dem Gegner die in dieser Instanz etwa schon gehabten Kosten erstatten; wegen der Kosten der vorigen Instanz aber hat es bey dem dießfälligen Urtel sein Bewenden.

§. 17.

Wird eine Sache durch Vergleich abgethan, und es ist darinn, wegen der Kosten, nichts ausdrückliches festgesetzt worden, so soll angenommen werden, daß die Partheyen sich deren Compensation haben gefallen lassen.

§. 18.

In allen und ieden vorstehenden Fällen müssen iedoch die Kosten der Hauptsache von denienigen, welche wegen gewisser bey dieser Gelegenheit mit vorgekommenen Nebenumstände erwachsen sind, sorgfältig unterschieden werden. Wenn also

1) Ein Beklagter entweder im ersten Termine ungehorsamlich ausgeblieben ist, oder gar in contumaciam wider sich hat erkennen lassen; so muß er iedesmal die Contumacial-Kosten tragen, wenn er

auch

auch demnächst restituirt würde, und in der Hauptsache ein vortheilhaftes Urtel davon trüge.

2) Wenn eine Parthey die Prorogation eines Termins zu spät nachgesucht hat, dergestalt, daß solche dem Gegentheil nicht zeitig genug hat bekannt gemacht werden können, und demselben dadurch Kosten verursacht worden sind; so muß sie diese Kosten dem Gegentheil iedesmal und ohne Unterschied der Fälle: ob dies Prorogations-Gesuch gegründet gewesen, oder nicht, und ob in der Hauptsache ein vortheilhaftes oder widriges Urtel erfolgt, dennoch erstatten.

3) Wenn eine Parthey auf der Untersuchung eines Umstandes, den sowohl der Deputatus Collegii, als die Assistenzräthe für unerheblich achten, besteht, und diese Untersuchung, auf ihr Andringen, würklich veranlaßt wird; bey Abfassung des Erkenntnisses aber sich ergiebt, daß der Umstand in der That unerheblich sey; so muß eine solche Parthey dem Gegentheil, die durch sothane Untersuchung ihm verursachten Kosten, ohne Unterschied dessen, was sonst in der Hauptsache erkannt wird, restituiren.

4) Bey

4) Bey allen sogenannten Incident-Puncten, z. E. wenn wegen eines Documents die Vergleichung der Handschriften veranlaßt werden muß, wenn ein Zeuge als verdächtig angefochten, und die causa recusationis besonders untersucht worden, u. s. w. muß derjenige, von welchem sich bey der Abfassung des Haupterkenntnisses findet, daß er ohne rechtlichen Grund dergleichen Untersuchung veranlaßt habe, z. E. der, welcher gegen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen unrichtige und in Facto ungegründete Einwendungen macht; oder der einen untauglichen Zeugen wissentlich vorschlägt, und die demselben entgegen gesetzten Ausstellungen ohne Grund leugnet, in die dadurch verursachten Kosten verurtheilt werden.

§. 19.

Sollte schließlich der Richter bey Beurtheilung der Kosten finden, daß eine Parthey, welche in dem angestandenen Instructions-Termin persönlich erscheinen sollen, unter Anführung offenbar unerheblicher oder gar nicht bescheinigter Ehehaften aussen geblieben sey; und dadurch mehrere Kosten als sonst bey ihrer persönlichen Anwesenheit erforderlich gewesen wären, aufgelaufen sind; so müssen diese Kosten von den übrigen separirt, und von dem

Ausbleibenden in iedem Falle allein getragen werden.

§. 20.

Unter die Kosten, von welchen hier die Rede ist, werden gerechnet:

1) Die sämmtlichen Gebühren des Gerichts und der Aßistenzräthe;

2) Die Gebühren auswärtiger Commissarien oder Gerichte, für gewisse von denselben, auf Befehl oder Requisition des den Proceß dirigirenden Richters, vorgenommene Actus;

3) Die bey dem Gericht, oder den Aßistenzräthen vorgefallnen baaren Auslagen;

4) die den abgehörten Zeugen zugekommene Reise- und Zehrungs-Kosten;

5) die Kosten, welche eine Partey auf die Correspondenz mit ihrem Aßistenzrathe, und auf die Herbeyschaffung der nöthigen Nachrichten oder Urkunden, aussergerichtlich hat verwenden müssen. Hierunter sollen iedoch die einem unbefugten Consulenten gegebene Belohnung, oder die Gebühren für ein — von einer Facultät, oder andern Rechtsgelehrten, eingeholtes Responsum oder Gutachten keinesweges mit begriffen seyn;

6) Die Reise- und Zehrungs-Kosten der Parthey selbst, wenn sie, von auswärts her, bey dem Assistenzrathe zur Ertheilung der nöthigen Information, oder auch bey der Instruction der Sache selbst, persönlich erschienen ist.

§. 21.

Alle vorstehend benannte Kosten müssen die Partheyen, mit Zuziehung der Assistenzräthe, bey dem Schlusse ieder Instanz ordentlich specificiren; auch in Ansehung der sub No. 5. bemerkten aussergerichtlichen Aufwendungen, die etwa darüber in Händen habende Beläge beyfügen; womit die Specification dem Gegentheil vorgelegt, und er darüber, besonders über die liquidirten aussergerichtlichen Kosten, vernommen werden könne.

§. 22.

Bey Abfassung des Erkenntnisses muß der Richter zugleich diese Kosten-Specification näher prüfen; die Gebühren sub No. 1. 2. 3. 4. lediglich nach den Acten und der vorgeschriebenen Sporteltaxe festsetzen; die Reise- und Zehrungskosten, in Ansehung des Quanti, nach der Condition der Person, der Entfernung des Orts, und den dieserhalb in der Sporteltaxe ebenfalls abgemessenen Sätzen, bestimmen; zugleich aber aus den Acten beurtheilen: ob

die

die auswärtige Parthey sich würklich, des Processes halber, so viele Zeit hindurch, als angegeben wird, am Orte des Gerichts habe aufhalten müssen. Bey den andern auffergerichtlichen Kosten muß der Richter untersuchen: ob solche nach Maaßgabe der Manual-Acten der Aßistenzräthe, oder der beygebrachten Beläge, würklich verwendet worden; und ob deren Aufwendung zum Betrieb der Sache nothwendig oder nüßlich gewesen; oder ob wenigstens die Partey nicht ganz unerhebliche Ursach, sie dafür anzusehn, gehabt habe.

Nach diesen Grundsäzen muß der Richter dem Haupterkenntnisse, bey dem Puncte der Kosten, auch deren Festsezung in quanto beyfügen.

§. 23.

Hat eine Partey diese Kosten-Specification am Schlusse der Instanz nicht übergeben, so muß ihr deren Nachbringung innerhalb einer gewissen Frist in dem Urtel abgefordert; sodann dieselbe dem Gegentheil zur Erklärung darüber, durch seinen Aßistenzrath, innerhalb einer gleichmäßig bestimmten Frist, communicirt; nach Ablauf dieser Frist aber, die Erklärung mag eingekommen seyn, oder nicht, die Festsezung durch ein bloses Decret ex officio veranlaßt werden.

Hat die Partey sothane Specification in dem bestimmten Zeitraume nicht beygebracht; so muß der Richter die Gerichtskosten, nach den Acten, ex officio festsetzen: der ausserge-richtlicheu aber wird die Partey, dieser ihrer Saumseligkeit wegen, verlustig.

§. 24.

Sind mehrere Litis-Consorten in den Kosten-Ersatz verurtheilt worden; so ist zwar ein ieder derselben, principaliter nur für seinen Theil verhaftet. Wenn aber einer oder der andere von ihnen seinen Antheil nicht bezahlen könnte; so kann die obsiegende Partey sich dieserhalb in subsidium an seine Mitgenossen halten. Jedoch ist sie hierzu nur alsdenn berechtigt, wenn sie, innerhalb vier Wochen nach dem rechtskräftigen Urtel, die Execution der Kosten halber gehörig nachgesucht, und sich dabey das Unvermögen eines solchen Mitgenossen gefunden hat.

Hat übrigens einer von mehrern Litis-Consorten, ohne Zuthun der andern gewisse Kosten verursacht, so fallen ihm solche allein zur Last. Wenn daher wider ein Erkenntniß erster oder zweyter Instanz nur einer von mehrern Klägern oder Beklagten appellirt oder revidirt hat und das vorige Urtel wird bestätigt; so hat der Appellant oder Revident die Kosten allein zu

tragen. Dagegen müssen aber auch die übrigen Interessenten für ihren Antheil concurriren, wenn ein besseres Urtel erfolgt, und sie verlangen, daß ihnen solches ebenfalls zu statten kommen solle.

§. 25.

Es pflegen sehr oft Proceßführende Parteyen, um von den Kosten befreyet zu werden, ihr Unvermögen zur Bezahlung derselben vorzuschützen, und auf ihre Zulassung zum Armen-Rechte anzutragen. Um nun den dabey bisher obgewalteten Mißbräuchen in Zukunft vorzubeugen, soll es mit Verstattung dieses Armen-Rechts folgendermaßen gehalten werden.

§. 26.

Auf das Armen-Recht kann nur derienige Anspruch machen, welcher weder an liegenden Gründen, noch fahrender Haabe, noch ausstehenden Schulden so viel besitzt; noch auch in seinem Amte, Profeßion oder Gewerbe, so viel verdienen kann, daß ihm, nach Abzug des nothdürftigen Unterhalts für sich und die Seinigen, annoch etwas zur Bestreitung der Proceßkosten, nach einem ohngefähren Ueberschlage derselben, frey bleibt.

§. 27.

Wer also sich des Armen-Rechts bedienen will, muß

1) daß er sich in den vorbeschriebenen Umständen wirklich befinde, durch Atteste, welche entweder von seiner ordentlichen Gerichtsobrigkeit, aus eigener Wissenschaft, oder nach vorhergängiger Vernehmung derjenigen, welche von seinen Vermögens-Umständen Kenntniß haben können; oder auch von dergleichen andern dem Richter bekannten glaubwürdigen Personen, z. E. dem Prediger des Orts, ausgestellt sind, bescheinigen. Er muß

2) über seine häuslichen und Vermögens-Umstände, z. E. ob er verheyrathet? wie viel Kinder er habe? wie viel derselben noch unerzogen und unversorgt sind? wie viel sein Amt oder Bedienung, oder sein Gewerbe, ihm ohngefähr einbringe? u. s. w. näher zum Protokoll vernommen werden.

§. 28.

Dieß Protokoll muß in dem Collegio ordentlich zum Vortrage kommen; und letzteres muß nach dem Innhalte desselben näher beurtheilen: ob der Provocant, nach den angegebenen und bescheinigten Umständen, zum Armen-Recht qualificirt sey; dergestalt, daß ihm entweder sämmtliche Kosten, oder doch die Gerichtsgebühren, mit Vorbehalt der Taxen für den Assistenzrath, und der baaren Auslagen;

gen; oder auch die Taxen für den Aßistenzrath, unter alleinigem Vorbehalt der sich etwa ereignenden baaren Auslagen, zu erlassen sind.

§. 29.

Findet das Collegium bey gedachtem Vortrage, daß der Provocant entweder ganz, oder zum Theil, mit den Kosten verschont werden müsse; und die Umstände, worauf dieser Befund sich gründet, sind hinlänglich bescheinigt; so bedarf es nicht erst der Ableistung des Armeneides. Ist aber wegen der Richtigkeit dieser Umstände in facto noch ein Bedenken übrig, so muß der Provocant schwören:

daß er weder an liegender und fahrender Haabe, oder ausstehenden Schulden, so viel besitze, noch in seinem Amte, Profeßion oder Gewerbe so viel verdienen könne, daß ihm, nach Bestreitung des nothdürftigen Unterhalts für sich und die Seinigen, annoch etwas zur Bezahlung der Proceßkosten, (oder mut. mutand. der Gerichtsgebühren, u. s. w.) übrig bleibe;

daß er, um Leistung dieses Eides willen, das Seinige nicht verborgen, veräussert oder sonst gefährlicher Weise verbracht habe;

und daß er, wenn er künftig einmal zu besserm Vermögen gelangen sollte, die

iezt auflaufenden Proceßkosten, so weit ihm solche sonst zur Last fallen, ehrlich nachzahlen wolle.

§. 30.

Wenn sich iemand solchergestalt zum Armenrechte qualificirt; so können ihm von der Zeit an, wo er sich dazu erboten hat, keine Kosten weiter für seinen Theil abgefordert werden. Die Restitution der bereits entrichteten aber kann er nicht verlangen; doch sind ihm diejenigen, womit er etwa noch in Rückstand ist, zu erlassen; in so fern sich nemlich bey der §. 24. vorgeschriebenen Vernehmung gefunden hat, daß er schon damals zum Armenrecht qualificirt gewesen sey, und nur aus Unwissenheit oder Einfalt, sich darum geziemend zu melden, unterlassen habe.

§. 31.

Es soll iedoch diese Zulassung der einen Partey zum Armenrechte der andern auf keinerley Art und Weise lästig fallen, und kein Richter soll sich beygehen lassen, die Kosten, welche der Arme zu entrichten hätte, es sey unter welchem Vorwand es wolle, dem Gegentheil anzurechnen.

§. 32.

Auch soll das erhaltene Armenrecht die Partey, welche dazu gestattet worden, von dem

Ersatz

Ersatz der Kosten an den Gegentheil, in Fällen, wo ihr solcher, nach den obigen Vorschriften, obliegt, keinesweges befreyen; sondern es muß auf Instanz sothanen Gegentheils, wegen exclutivischer Beytreibung erwehnter Kosten, das Erforderliche iedesmal verfügt werden.

§. 33.

Wenn auch eine solche Partey durch den Proceß, oder durch einen darüber geschlossenen Vergleich, etwas über den Betrag oder Werth von funfzig Thalern gewonnen hat; so soll dieselbe angehalten werden, von diesem Ueberschusse, so weit solcher erforderlich oder hinreichend ist, die bisher nachgelassenen Kosten ganz oder doch zum Theile zu berichtigen. Wie denn auch eine Partey, welche das Armenrecht genossen hat, wenn sie auch nach der Zeit zu bessern Vermögens-Umständen gelangt, ihrer übernommenen Verbindlichkeit gemäß, die Kosten nachzahlen, und allenfalls durch Execution dazu angehalten werden muß.

§. 34.

Wenn iemand überführt wird, daß er sich des Armenrechts zur Ungebühr angemaßt habe; so sollen nicht nur sämmtliche Kosten von ihm beygetrieben, sondern er auch ausserdem, mit willkührlicher, iedoch empfindlicher Geld- oder Leibesstrafe belegt werden.

§. 35.

Was schließlich den Vorschuß der Kosten betrifft, so wird festgesetzt, daß iede Partey von denienigen Verfügungen, welche auf ihr alleiniges Ansuchen ergehen, die Kosten vorzuschießen schuldig sey; daß wenn beyde Theile gemeinschaftlich auf dergleichen Verfügung antragen, oder dieselbe von dem Richter ex officio erlassen wird, alsdenn beyde Parteyen den Vorschuß zu gleichen Theilen übernehmen, und daß wenn eine Partey das Armenrecht hat, alsdenn die etwa vorkommenden baaren Auslagen an Porto, Gebühren ausländischer Gerichte u. s. w. für ihren Theil aus der Sportelkasse vorgeschossen werden sollen.

§. 36.

Auffer den Kosten muß II) der Richter auch auf die einer oder der andern Partey, nach der gegenwärtigen Proceßordnung, zur Last fallende Strafen, so wie solche überall am gehörigen Orte bestimmt sind, bey Abfassung des Erkenntnisses, ex officio Rücksicht nehmen.

§. 37.

Unter die Strafen gehören auch die Succumbenz-Gelder, welche die Partey, so gegen ein Urtel ohne Grund Rechtsmittel eingewandt hat, bey erfolgender Bestätigung deſſelben, nach den in der Sporteltaxe bestimmten Sätzen entrich-

entrichten, und worauf im vorkommenden Falle iedesmal ex officio erkannt werden muß. Dem Richter liegt dabey ob, in dem Erkenntnisse auf den Fall, wenn die unterliegende Partey Unvermögens halber, die Succumbenz-Gelder nicht bezahlen könnte, denselben einen proportionirlichen Arrest oder Strafarbeit zu substituiren.

§. 38.

Wenn auch ausserdem noch der Appellations- oder Revisions-Richter finden sollte, daß die Partey, welche sich des Rechtsmittels bedient, solches aus bloßer Chicane, und nur zum Verschleif der Sache gethan habe; so muß er dieselbe noch über die Succumbenz-Gelder, oder auch in Fällen, wo dergleichen sonst nicht üblich sind, mit einer dem Werthe des Objects proportionirten Geld- Gefängniß- oder andern Leibesstrafe belegen.

§. 39.

Da auch bisher der Strafen des frevelhaften Leugnens verschiedentlich gedacht worden, so wird hier festgesetzt, daß solche denienigen treffen sollen, der eine Forderung oder Einwendung auf Facta bauet, deren Ungrund und Unrichtigkeit ihm bekannt ist; ferner denjenigen, welcher ein von dem Gegentheil angegebnes Factum, wider seine eigne Wissenschaft

und

und Ueberzeugung in Abrede stellt; ferner den, welcher gegen den Aßistenzrath, oder den Deputatum Collegii, mit seiner Wissenschaft von dem Hergang oder Bewandniß eines Facti oder von denen zur Aufklärung desselben vorhandenen Beweismitteln, auf die darüber an ihn erlassenen Fragen, unter dem Vorwande, daß ihm nichts davon bekannt sey, vorsäßlich zurückhält.

Ueberhaupt aber denienigen, welcher sonst mit Vorbedacht und Ueberlegung, die Wahrheit zu verdunkeln, oder deren Ausmittelung, auf irgend einige Art, zu verhindern oder zu erschweren sich beygehen läßt.

§. 40.

Auser dem Kosten-Ersaz, welcher in allen vorgenannten Fällen der eines solchen Vergehens sich schuldig machenden Partey, in Ansehung dieses Puncts zur Last kömmt, werden darauf annoch nachstehende Strafen verordnet:

1) Wenn iemand ein von dem Gegentheil angeführtes Factum, worauf selbiger einen Anspruch und Einwand gegründet hat, vorsäßlich leugnet, und dieß Factum wird hiernächst bey der Untersuchung dargethan; so soll derselbe, mit seinen Einwendungen oder Repliken dagegen, die

er

er etwan nachher in den weitern Instanzen anbringen wollte, nicht gehört werden. Wer also z. E. ein wider ihn eingeklagtes Darlehn erhalten zu haben leugnet, dessen aber bey der Instruction erster Instanz überführt wird, soll, wenn er demnächst von dem Urtel appelliren und den Einwand der Zahlung vorschützen will, damit weiter kein rechtliches Gehör finden.

Hat iemand ein solches Factum geleugnet; zu gleicher Zeit aber demselben eventualiter einen Einwand oder Replik entgegen gesetzt, und es findet sich bey der Untersuchung, daß sowohl das geleugnete Factum wahr, als der Einwand oder die Replik gegründet sey; so muß zwar in der Hauptsache nach der wahren Lage derselben erkannt; der oder die Parteyen aber, welche sich des frevelhaften Leugnens schuldig gemacht haben, müssen nach der unten No. 4. erfolgenden Vorschrift bestraft werden. Wenn also, z. E. ein Beklagter das wider ihn eingeklagte Darlehn leugnet, eventualiter aber den Einwand der Compensation entgegen setzt; und sich bey der Untersuchung findet, daß beydes, das Darlehn und die Compensanda richtig sind, so muß zwar in der

Haupt=

Hauptsache der Kläger abgewiesen; der Beklagte aber, welcher den Empfang des Darlehns vorsätzlich geleugnet hat, muß deshalb in Strafe genommen werden; und eben dieß muß auch in Ansehung des Klägers geschehen, wenn auch dieser, bey der Compensations-Forderung, sich eines dergleichen frevelhaften Leugnens schuldig gemacht hätte.

2) Wenn iemand einen Anspruch oder Einwand auf ein unwahres oder ungegründetes Factum wissentlich gebaut hat; so wird er, nach ausgemitteltem Ungrunde dieses Facti, des Rechts oder Einwandes selbst verlustig; gesetzt auch, daß er solche nachher aus einem andern Fundament herzuleiten, oder zu unterstützen bereit wäre.

3) Wenn iemand seine Wissenschaft von einem Facto oder Beweismittel vorsätzlich zurückhält; so soll in dem ganzen Verfolg der Sache, auf dieß Factum oder Beweismittel, zu seinem Vortheil, keine Rücksicht genommen werden.

4) Wenn in einem der vorstehenden Fälle die darauf geordneten Strafen, nach Lage der Sache, keine Anwendung finden können; oder auch wenn eine Partey sich beygehen

beygehen lassen, auf irgend eine andre Art die Ausmittelung der Wahrheit zu verhindern, oder zu erschweren; so soll dieselbe, ausser dem Ersatze der Schäden und Kosten an den Gegentheil, auch noch zur öffentlichen Genugthuung, nach Beschaffenheit der Umstände und des Grades der Moralität, in 20 bis 100 Rthlr. Geld- oder bey ihrem Unvermögen, in eine proportionirliche Leibesstrafe genommen werden.

5) Wer sich des frevelhaften Leugnens oder vorsätzlicher Unwahrheiten im Gericht einmal schuldig gemacht hat, soll sowohl in diesem, als in allen nachherigen Processen unfähig seyn, zur Ableistung eines nothwendigen Eides verstattet zu werden. Das Gericht muß daher das Erkenntniß, worinn diese Unfähigkeit einer solchen Partey zu einem nothwendigen Eide erklärt wird, sämmtlichen bey ihm angesetzten Assistenzräthen vorlegen lassen; auch wenn die Partey bey einem andern Gerichte ihr ordentliches Forum hat, solchem von dem Erkenntnisse besonders Nachricht geben.

Ueberdem soll ein iedes Gericht ein Verzeichniß von dergleichen Parteyen, nach alphabetischer Ordnung halten, und darinn den

Namen

Namen einer ieden Partey, welche solchergestalt zur Ableistung eines nothwendigen Eides unfähig ist, nach rechtskräftig gewordnem Urtel, mit bestimmter Allegirung desselben, eintragen lassen.

§. 41.

Die Gerichte werden hierdurch alles Ernstes angewiesen, auf diese Strafen in vorkommenden Fällen, ohne alle Ausnahme oder Ansehn der Person zu erkennen. Da aber auch gedachte Strafen eine sattsam ausgewiesene vorsätzliche und muthwillige Chicane supponiren; so sollen die Aßistenzräthe und Deputirte der Gerichte schuldig seyn, den Parteyen die gegenwärtige Vorschrift bey aller Gelegenheit, wo dieselben den Verdacht des frevelhaften Leugnens, oder vorsätzlicher Unwahrheiten, oder geflissentlicher Verstellung und Verdunkelung der Wahrheit auf sich ziehen, bekannt und eingedenk zu machen, und wie solches geschehen, in dem Protokoll zu vermerken; womit demnächst niemand sich dagegen mit dem Vorwande der Unwissenheit schützen könne.

§. 42.

Es soll aber auch keine Partey, unter dem Prätext, daß ihr Gegner sich in dem Processe einer von diesen Strafen schuldig gemacht habe, berechtigt seyn, die weitere Einlassung

mit

mit ihm in eben der Instanz abzulehnen; noch soll die Instruction für diese Instanz dadurch auf irgend eine Art unterbrochen werden; sondern es lediglich die Sache des Richters seyn, in dem auf sothane Instruction folgenden Urtel festzusetzen: in wie fern eine oder andre Partey dergleichen Strafen verwürkt habe. Uebrigens sind gegen ein solches Urtel, wenn daraus der Partey ein Präiudiz in der Sache selbst erwachsen ist, die ordentlichen Rechtsmittel, sonst aber die Tit. XIV. §. 3. n. 2. beschriebene Provocation auf eine nochmahlige Revision der Acten, zuläßig.

§. 43.

Schließlich wird hiedurch verordnet, daß wenn die Aßistenzräthe und Deputirte der Gerichte wahrnehmen, daß eine Partey sich dergleichen vorsetzlicher Verbergung, Verstellung und Zurückhaltung der Wahrheit, oder eines frevelhaften Leugnens schuldig mache, sie iedesmal ex officio, so viel ohne merklichen Aufenthalt der Hauptsache geschehen kann, darauf: in wie fern eine solche Partey durch die Rathschläge und Einblasungen eines unbefugten Consulenten verleitet worden, Nachforschung thun sollen; damit hiernächst einem solchen Winkel-Consulenten der Proceß gemacht, und derselbe mit der verdienten nachdrücklichen Geld- oder Leibesstrafe belegt werden könne.

VI.

Herzoglich-Sachsen-Gothaische vermehrte und verbesserte Gerichts- und Proceßordnung, Gotha, im Jahre 1776. 4.

Part. I. Cap. 15. §. 15.

Würde auch Kläger, wenn er ein dergleichen gewisses Quantum vom Beklagten gefordert, in dem Beweiß nicht dasselbe, sondern ein wenigeres ausführen, so soll Beklagter dennoch zu so viel, als erwiesen worden, condemniret, auch hierüber noch nach Befinden darum, daß er das geringere, so er würklich schuldig gewesen, nicht gleich Anfangs eingeräumet, in die Erstattung der Proceßkosten vertheilet werden, und sind solche alsdenn keinesweges gegen einander aufzuheben.

Gleichergestalt ist hinwiederum der Kläger, wenn Beklagter das wenigere, so er schuldig zu seyn vermeinet, bald Anfangs zu bezahlen sich anerbothen, derselbe aber solches nicht angenommen, und doch ein mehreres nicht ausgeführet, pro temere litigante zu achten, und dahero ebenfalls zu Bezahlung derer verursachten Proceßkosten anzuhalten, auch nach Befinden noch willkührlich zu bestrafen.

Part. I. Cap. 31. §. 17.

Wenn in der Leuterungs- und Oberleuterungs-Instanz das vorige Erkenntniß simpliciter

citer confirmiret worden, so soll der Leutenant und Oberleuterant iederzeit zugleich in sämmtliche verursachte Unkosten solcher Instanz condemniret werden, und dagegen keine Ausnahme statt finden. Sollte auch ein auswärtiges Iudicium anders erkennen, und die Kosten entweder ausdrücklich oder stillschweigend compensiren, so brauchet es dargegen keines Remedii suspensiui, sondern der Richter, wo der Proceß anhängig, soll das Urtel sogleich ex officio nach dieser Verordnung declariren.

Part. I. Cap. 40. §. 1.

Nachdem das Proceßiren unter andern Ursachen auch daher sehr gemein zu werden pflegt, weil zanksüchtige Parteyen, wenn sie den Proceß verloren haben, nicht allezeit nach Verdienst zugleich in die Unkosten vertheilet werden; so soll hinführo derienige, so unterliegt und erhebliche Ursachen seines Streitens nicht gehabt, sondern entweder als Kläger ohne Grund iemanden in Klage genommen, oder aber als Beklagter nichts von sonderbarer Wichtigkeit entgegen setzen können, auf Gegentheils Bitten in die Unkosten vertheilet werden. Es soll auch hiernächst, wenn gleich darum nicht gebethen worden wäre, dennoch in des Richters Ermäßigung stehen, ob er nach Befinden nichts desto weniger auf den Ersatz der Kosten erkennen wolle.

§. 2.

Woferne aber derienige, welcher die Rechtssache verlohren, rechtmäßige Ursachen solche zu führen gehabt hätte, so sollen die Proceßkosten gegen einander aufgehoben werden; als z. E. wenn iemand in seiner Sache einen unverwerflichen Zeugen vorgebracht, oder der Gegentheil in Supplementum geschworen, oder wenn einer in der ersten Instanz eine Sentenz vor sich erhalten, in der Leuterungs- und Appellations-Instanz aber verloren, ingleichen wenn iemand den Grund seiner Klage zwar bewiesen, solcher Beweiß aber nachhero durch den Gegenbeweiß elidiret worden, dann ferner, wenn einer ein Document bona fide produciret, wider solches aber hernach die Zahlung oder Befriedigung dargethan worden, u. d. g. Hiernächst soll auch derienige, welcher seinem Gegentheil über die Hauptsache den Eid deferiret und den Eid vor Gefährde abgeleget hat, ob er gleich sachfällig worden, dennoch mit Erstattung der Unkosten verschonet werden.

§. 3.

Dagegen soll die zeithero üblich gewesene Compensation derer Unkosten aus der Ursache, daß der Proceß zwischen nahen Verwandten, denen Gerichtsherren und ihren Unterthanen, denen Pfarrern und ihren Pfarrkindern und dergleis-

dergleichen mehr, geführet worden, in Zukunft nicht statt haben.

Hiernächst ist der Beklagte, wenn er gleich die eingeklagte Forderung in etwas vermindert hätte, nichts desto weniger in die Unkosten zu verdammen, woferne er nicht entweder gleich in dem ersten Termin oder doch noch vor der Litiscontestation zu Erstattung desienigen, worein er hernach verurtheilet worden, sich anerboten hätte, als in welchem letztern Fall nicht derselbe, sondern vielmehr der Kläger in die Unkosten vertheilet werden muß.

Ob auch wohl, wie im vorigen Paragrapho geordnet ist, in denen Fällen, da in der Hauptsache der Eid deferiret und geleistet, oder von denen Parteyen der Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid abgeschworen worden, die Unkosten ordentlicher Weise gegen einander aufzuheben sind; so soll iedoch solches auf den Fall, da die Eides-Delation weder über die ganze Klage, noch über die Haupt-Exception, sondern nur über einen oder den andern Punct oder Artikel geschehen, keinesweges erstrecket, sondern alsdenn gleichwohl nach Befinden zugleich auf Erstattung der Unkosten erkannt werden. Eben dieses soll auch in dem Fall geschehen, wenn derienige, dem der Haupteid deferiret worden, solchen entweder abzuschwören gar nicht vermag, oder aber den-

selben referiret, und der Deferent darauf den Haupteyd würklich ableget.

Desgleichen soll ein Responsum von einer Juristenfacultät, oder die Meynung berühmter Rechtslehrer, welche iemand zu seinem Behuf anzuführen vermeinet, so schlechterdings, und im Fall nicht andere Umstände concurriren, den sachfälligen Theil von Erstattung der Unkosten nicht befreyen.

§. 9.

Woferne aber die Gerichte in einer Sache nulliter oder ungebührlich verfahren sollten, und solches durch Rescripte, Bescheide, oder eingeholte Urtel declarirt oder erkannt würde, so ist wegen dieses Verfahrens von den Parteyen nichts zu fordern und dasienige was sie allbereits gezahlt gehabt, ihnen wiederum herauszugeben.

VII.

Schwarzburgische erneuerte Gerichts- und Proceßordnung. Publicirt 1704. Rudolstadt.

Part. III. Tit. 5. §. 2.

Es soll die Ersetzung derer Unkosten regulariter demienigen iedesmahl auferleget werden, welchem die Sache aberkannt, und der da keine erhebliche Ursache zu litigiren gehabt,

ungeachtet dieselben von dem Gegentheile nicht gebethen worden, massen dann des Richters, und der Concipienten arbitrio überlassen wird, ob auf die Unkosten zu erkennen, oder nicht? Hingegen aber wäre dasselbe Theil, so Sachfällig worden, iedoch iustam litigandi causam gehabt, mit Ersetzung derer Unkosten zu verschonen, und solche gegen einander zu compensiren, sonderlich wenn das succumbirende Theil einiger vornehmen Rechtsgelahrten Opinion vor sich, oder einen tüchtigen Zeugen produciret, oder Kläger zu Erhaltung der Sache, das Iuramentum in supplementum abgeschworen hätte, oder es wären Lite pendente dem Beweis- oder Gegenbeweis-Führer einige Documenta, bey währender Rechtfertigung entgangen, oder ein und der andere Zeuge gestorben, ingleichen, wann er dem obsiegenden Theile mit naher Bluts-Freund- oder Schwägerschaft verwandt, und solche nicht propter contumaciam, (als worbey die Schwäger- und Freundschaft nicht zu considériren ist,) erkannt wären, oder es hätte Beklagter den ihme deferirten Eyd dem Kläger referirt, und durch dessen Abschweren die Sache erhalten, ꝛc. In allen solchen Fällen sollen die Unkosten gegen einander aufgehoben werden.

VIII.

Brem- und Verdische Hofgerichtsordnung. Publicirt 1675.

Th. II. Tit. 8.

— Welchen Eid (für Gefährde oder Bosheit) das Part abzuschweren schuldig, oder in dem Punct, welches wegen er gefordert wird; verlustig seyn, und damit nicht weiter gehöret, dabenebenst aber dem Gegentheil in expensas retardati processus und dem Fisco in eine Strafe, nach Ermässigung, verdammet werden soll.

Th. III. Tit. 9. §. 2.

Hierbey ist zuforderst darob zu sehen an seiten Klägers, ob seine Action von Anfangs wol fundirt, und, da dem schon also, ob er auch mit dem Beweiß und Ausführung fortkommen mögen, an seiten des Beklagten, wie seine Einreden in Rechten gegründet, und beweißlich seyn mögen, nach dessen Befindung an beeden seiten, wie auch, wann solches zweifelhaft, das factum intricat, und so leicht nicht zu begreiffen, würde kein Theil in die Unkosten verdammet, sondern dieselben compensiret. Wann aber, entweder der Kläger ohn rechtmässigen Grund seine Klage temere erhoben, daß er solches bey vernünftigem Verfahren nicht thun sollen, oder des Beklagten Exceptiones nicht in iure aut facto begründet, oder

auch zur Sachen nicht gehörig, nur zu dero muthwilligen Auffenthalt eingewand, soll, wider den erkand, zugleich in die Unkosten verdammet werden, ihn auch alsdann davon nicht entheben, daß er den Eid für Gefährde ableget, oder einige Rechts-Belehrung durch einseitigen, doch den actis nicht zustimmigen Bericht, so iedesmahl mit derselben, umb sich daraus zu ersehen, beyzulegen, erhalten hätte.

§. 4.

Ob anfänglich Kläger oder Beklagter zu seinem Fürbringen scheinliche Ursache hätte, aber hernachmahlen, durch gegenseitige Remonstration oder sonst, er seine Unfüge erlernete, doch den Proceß fortsetzete, soll von der Zeit an, da ihme abzustehen gebühret hätte, er zu den Kosten gehalten seyn.

§. 8.

Bey den Unkosten soll mit in Anschlag kommen, was die Partheyen auff Reisen verzehret, wann sie in Person für Gericht erscheinen müssen, und solche durch ihren Anwald nicht bestellen können, oder, wann sie ihme, oder den Advocaten anfangs von der Sachen zu informiren, zu ihnen zu reisen nöthig gehabt, und wird denen, welchen zu Fusse zu gehen anstehet, das gemeine Botten-Lohn, andern

aber das Fuhrlohn, und was nach Gewohnheit in einer anständigen Herberge verzehret wird, zugetheilet.

§. 11.

Wenn ex actis eine sonderbahre malitia der litigirenden Partheyen offenbahr, also, daß erschiene, ohne einige Fuge und Recht nur andere durch den Proceß zu behelligen, darzu geschritten, oder auch der Klagen den rechtmässigen Sachen widerstanden wäre, soll das Hofgerichte, nebst der Condemnation in expensas, denselben ex officio, andern zum Exempel, ernstlich, mit einer nach seinem Vermögen empfindlichen Geldbusse, an unsern Fiscum zu erlegen, da er solche zu erlegen nicht vermöchte, mit der Gefängnüß bestraffen.

VIIII.

Unter-Gerichts-Ordnung für die Herzogthümer Bremen und Verden. Stade, 1774.

Tit. VIIII. §. 5.

Wann auch vornemlich daran gelegen, daß muthwillig streitende und billige Vergleichs-Vorschläge verwerfende Parteyen, zum Lohn ihres Frevels, die Kosten dem andern Theil ersetzen und bezahlen müssen; So haben Beamte und Gerichtshalter hierauf, bey Abgebung ihrer Erkänntnisse, sonderlich Augenmerk zu nehmen, und denienigen Theil, dessen pruri-

tus

tus litigandi offenbar, oder der keine billige Propositiones zum Vergleich annehmen wollen, in alle oder dieienige Kosten zu condemniren, da er gewust, oder billiger Weise wissen können, daß er mit seinem Klagewerk oder Einwendungen nicht fortkommen würde, wovon dann nahe Freundschaft, die Abschwörung des iuramenti calumniae, ein eingeholtes Informat ꝛc. befundenen Umständen nach, und vornemlich, wann letzteres den Acten nicht conform, allein nicht befreyen soll.

X.

Cellische Oberapellationsgerichts-Ordnung, 1712. S. Churbraunschw. Lüneburg. Landesordnungen und Gesetze Th. II. N. 1.

Tit. XIII. §. 1.

Wenn in den Sachen, so per viam appellationis an dieses Gericht kommen, die Urthel a qua pure confirmirt wird, soll regulariter Appellante condemnirt werden, Appellaten allen Schaden, Kosten und Interesse zu erstatten. Hätte aber Appellante vorhin in dem iudicio a quo in solcher Sache eine Urthel erhalten, oder die im Streit seyende Materie wäre in iure controvers, so wären die Unkosten in diesen beyden Fällen zu compensiren. Würde auch die Urthel a qua entweder überhaupt, oder in gewissen Stücken reformiret,

so

so sollen die Expensen, weil Appellante eine Urthel vor sich hat, compensiret werden. Es sey und wäre denn, daß die vorige Urthel gar keinen Grund in Rechten hätte, als in welchen Fall auch solcher ungeachtet das Gericht den Appellaten in Expensas condemniren könnte.

§. 2.

Und weil denn, so viel auf die in der ersten Instanz an dieses Gericht gelangende Sachen betrifft, nicht mehr, als billig ist, daß, wenn iemand seinen Gegner temere ins Gericht gezogen und mit unnöthigen Processen in ungerechten Sachen böslich fatigiret, oder wenn iemand sich ohne Ursache verklagen lassen, oder sich mit ungerechten Exceptionibus beholfen, der Unterliegende dem obsiegenden Theile die verursachte Kosten, Schaden und Interesse bezahle; Also sollen die Re- und Correferenten bey Verlesung der Acten mit Fleiß erwägen, ob ein oder ander Theil rechtmäßige Ursache, zu streiten, und in dem Rechtsstreit so lange zu verharren gehabt und solches bey der Relation vorstellen. Fünde sich denn dieses, so soll Unser Gericht die Expensen nicht compensiren, sondern wenn schon solches nicht gebeten worden, den Muthwillig-Streitenden, wenn er schon eine oder mehrere Rechtsbelehrungen vor sich, oder auch das Iuramentum calumniae abgestattet hätte, condemniren, dem

Gegentheil alle Schäden, Unkosten und Interesse zu erstatten. Wäre aber das Factum an sich intricat, oder die Materie, worüber gestritten worden, wäre in Iure controvers und die Parteyen hätten also befugte Ursache zu streiten gehabt, sollen die Expenser compensiret und nicht tacite präteriret werden.

§. 3.

Fünde sich auch die Sache so beschaffen, daß daraus die Temerität und Unbefugniß des einen Theils klar abzunehmen; So soll Unser Oberappellations-Gericht denselben und dessen Aduocatum, nach der Größe des Muthwillens in eine namentliche Geldbusse condemniren, oder ihn sonsten desfalls arbitrarie bestrafen.

XI.

Calenbergische Canzleyordnung von 1663.

S. Churf. Braunschw. Lüneb. Landesordnungen Th. II. N. 7.

Tit. XXXIII. §. 2.

Es sollen auch Unsre Präsidente und Räthe ein fleißiges Auffsehen haben, daß dieselbe (restitutio in integrum) nicht calumniose oder gefährlicher Weise, oder aus denen vormals in Gerichten angezogenen und deducirten, oder sonst aus neuen unrechtmäßigen und unerheblichen Ursachen, zu merklichem Schaden der gewinnenden Partey, begehrt werde, und

da solches befunden, soll derienige, so sich darmit hervorgethan, nach Befindung ernstlich bestrafet und darzu in expensas vertheilet werden.

Tit. XXXIV. §. 1.

Damit bey diesen zanksüchtigen Zeiten der pruritus litigandi desto mehr gehindert werde; so wollen Wir, daß gegen die unruhige zanksüchtige Litiganten mit denen in Rechten verordneten poenis temere litigantium unabläßig verfahren, auch insonderheit die verursachte Gerichts- und andere auf den Proceß verwandte Kosten ohne erhebliche in den Rechten wohlgegründete Ursachen gegen einander nicht compensiret, sondern dieselbe dem obsiegenden Theil zuerkannt und nicht zu sehr moderiret, sondern solchergestalt angeschlagen werden sollen, damit der gewinnende Theil seiner nöthigen Auslagen und Unkosten sich ziemlich dadurch erholen möge.

XII.

Proceßordnung des Tribunals zu Wißmar, aufgerichtet und zu halten befohlen Anno 1657.

Th. II. Tit. 16.

Würde der Kläger oder Appellant sich solches Eides (für Gefährde) verweigern, soll er damit seiner Klage oder Appellation verfallen seyn, und Beklagter oder Apellat davon

mit Erstattung Kosten und Schadens absolvirt werden.

Th. II. Tit. 39. §. 1.

Damit allem muthwilligen Streiten und gerichtlichen Gezänken so viel mehr gewehret werde, wollen Wir, daß wann bey Unserm Gericht befunden, jemand sein Widertheil temere ins Gericht gezogen, mit gantz unbefugten Processen fatigiret, oder friuole appelliret, derselbe nicht ungestrafft hingehen, sondern dem Gegentheil in die verursachte Kosten, Schaden und Interesse, daneben nach Grösse deß Muthwillens, dem Gericht in eine namentliche Straffe verdammet werden solle. Darumb dann Unser Präsident, Vice-Präsident und Assessores bey Abfassung der Urthel darauff gute Acht geben, und mit Fleiß erwegen sollen, ob der Kläger und Appellant, wie auch der Beklagte eine ziemliche Ursache zu streiten, und in dem Rechts-Streit zu beharren gehabt, da dann, nach Befindung keiner solchen Ursache, mit obberegter Condemnation verfahren, sonst aber die Unkosten compensiret und die poena temere litigantium erlassen werden soll.

§. 2.

Unter denen causis litigandi iustis et probabilibus wollen Wir gerechnet haben: Wann ein Theil vorhin ein Urthel vor sich erhalten,

und nicht befindlich, dieselbe ganz nulliter und inique außgebracht; Wann das Factum intricatum, oder über dem, so in Streit kommet, die Rechte nichts gewisses constituiret oder hergebracht, sondern ICti contrariis sententiis disputiren.

§. 3.

Wann aber sonst keine rechtmäßige Ursach erscheinet, soll von solcher Condemnation nicht abgelassen werden, obgleich jemand eine blosse Belehrung der Rechtsgelahrten vorbringet; Ingleichen, wann er das Iuramentum Calumniae abgeschworen, sondern dessen ungehindert die erscheinende temeritas vorgedachter massen bestraffet werden.

Th. III. Tit. 6. §. 5.

Würde sich befinden, daß die Restitutio calumnioſe, gefährlicher Weise, aus Ursachen, so vormahls im Gericht angezogen und deduciret wordes, oder sonst aus neuen unrechtmässigen und unerheblichen Ursachen begehrt, so soll allemahl der suchende Theil in die verursachte Gerichts-Kosten, und darüber bey der letzten Art Sachen, wie bey vorgehendem Titul gemeldet, gebührlich angesehen werden.

XIII.

Hildesheimische Hofgerichtsordnung von 1730.

S. Hochfürstlich Hildesheimische Landesverordnungen, Hildesheim 1782. 4.

Th. I.

Tit. XVI. §. 4.

Dafern nun Kläger ohne rechtmäßige in continenti zu erweisende Ursachen sich der abgeforderten Eydesleistung (iuram. calumn.) weigern würde, so soll er seiner Klage verlustig, Beklagter davon absolviret und Kläger diesem die in solcher Sache verursachte Proceßkosten zu erstatten schuldig seyn.

§. 5.

Im Fall aber die Weigerung des abzuleistenden Eydes für Bosheit, Iuramentum malitiae genannt, bey dem Beklagten haften würde, so soll derselbe anders nicht, als ob er die Klage bekannt hätte, gehalten und als ein Confessus kondemnirt, auch auf gleiche Weise, wie oben bey dem Iuramento calumniae verordnet ist, es gehalten werden.

Tit. XXV. §. 5.

Würde dann dem Provocanten die auferlegte Demonstration entstehen, so ist der angebliche Diffamant von dem Anspruch zu ab-

solviren und der vermeynte Diffamatus in Expensas zu verdammen.

Tit. XXXI. §. 3.

Würde sich aber äußern, daß die Nullitätenklage nur aus Muthwillen und zu der Sachen Verzögerung vorgeschützt worden, so soll der muthwillige Kläger Unserm Fisco mit einer Poen nach Gelegenheit und Wichtigkeit der Sachen und unsers Hofrichters und Beysitzer Erkenntniß verfallen, auch dem Gegentheil alle dadurch verursachten Kosten zu erstatten schuldig seyn.

Tit. XXXII. §. 6.

Sonstens ist (bey dem remedio restitutionis in integrum) — der Implorant, falls er succumbirt, iedesmal in die Unkosten dieser Instanz zu verdammen.

Tit. XXXIII. §. 1.

Wir haben mißfällig vernommen, daß bey Unserm Fürstlichen Hofgericht die auf den Proceß verwandte Kosten bisher fast iedesmal compensiret, und dem obsiegenden Theil dazu gar selten verholfen worden; Gleichwie man nun dadurch zanksüchtige Gemüther nur anfrischet, allerhand unnöthigen Streit und Hader zu erregen, so ordnen und wollen Wir, daß künftighin regulariter der Succumbent dem Triumphanten

phanten die verursachten Kosten ersetzen, und dieselbe nur in sehr zweifelhaften Fällen compensirt werden sollen.

§. 2.

Wie dann solche Compensation keinen Platz findet, wenn gleich der Proceß zwischen nahen Anverwandten geführt, der Eyd nicht über die ganze Klage, oder Hauptexception, sondern nur über ein und den andern Punct deferiret worden, oder auch derienige, von welchem ein Eid gefordert ist, solchen zu leisten nicht vermag, sondern ihn nach geschehener Relation der Deferent abschwört; es soll auch dem Sukkumbenten eine etwa erhaltene, aber mit keinen tüchtigen Rechtsgründen versehene Urthel von Erstattung der Unkosten nicht befreyen, hingegen er seinem Gegentheil die durch dessen moram selbst verursachten Kosten keinesweges zu ersetzen schuldig seyn.

§. 6.

Verspürten auch Unsere Hofrichter und Assessoren, daß die Parteyen oder deren Advokaten und Prokuratoren vorsätzlich durch widerrechtliche Behelfe der Sachen Aufenthalt suchten, sollen sie dieselben als temerarios Litigantes mit gebührender Strafe ansehen und nach befundenen Umständen wenigstens in eine Geldbusse von zehen Goldgulden verdammen,

oder wenn der Kondemnirte solche zu bezahlen nicht vermöchte, ihn mit Temporalarrest belegen; und falls im ersten Fall dem Decreto condemnatorio durch Bezahlung der dictirten Geldstrafe kein Genügen geschieht, einen anderweiten terminum sub poena dupli cum comminatione realis executionis anberaumen, wann aber die Zahlung auch alsdann nicht erfolgete, ohne einen fernern Proceß zu verstatten, auf bloses Anrufen Unsers Fiskals den Kondemnirten in poenam dupli erklären.

XIV.

Proceßordnung E. W. E. und Hochweisen Raths der Kayserlichen freyen und des heil. Reichs Stadt Mühlhausen, von 1730. fol.

Tit. XI. §. 3.

Würde der Kläger dieses Eydes (für Gefährde) sich weigern, so soll er damit von seiner Klage gefallen seyn und der Beklagte so fort absolviret, auch ihm die durch den angestellten Proceß verursachte Kosten uud Schäden erstattet werden.

Tit. XXX. §. 5.

Da auch nach genommener Appellation sich befinden würde, daß die Sache an Uns nicht erwachsen können, oder sie würde vom Appellanten deseriret, so soll der Appellant die verursachten Unkosten erstatten.

Tit.

Tit. XXXII. §. 2.

Sollte sich dann bey Erörterung der Sachen befinden, daß die Appellation aus gewissen in den Rechten und dieser Ordnung gegründeten Ursachen an Uns, den regierenden Rath und respective Räthe nicht erwachsen, auf solchen Fall soll die Sache als non deuoluta, an den Richter voriger Instanz zurückgewiesen und Appellante in die Unkosten verdammet werden.

Tit. XXXIII. §. 5.

Würde sich auch bey der Ausmachung der Sache befinden, daß die eingewante Nullität nur muthwilliger Weise wäre zur Bahn gebracht, so soll der Kläger in die verursachten Unkosten condemnirt werden.

Tit. XXXIV. §. 2.

In Restitutionssachen soll gleichmäßig, wie von der Nullität verordnet, verfahren, und so dieselb aus unerheblichen Ursachen begehret worden, der succumbirende Theil in die Unkosten verdammt werden.

Tit. XXXVII. §. 1.

Damit auch zankſüchtige Leute von unnöthigen Rechtfertigungen desto mehr abgeschrecket werden mögen, so sollen die verursachte Gerichts- und andre auf den Proceß verwen-

dete Kosten, absonderlich da sich die succumbirende Partey in Güte, wie oben Tit. II. verordnet, nicht hat wollen weisen lassen, gegen einander nicht compensiret, sondern dem obsiegenden Theile die nach der Taxordnung ausgegebene Gerichts- und andre Gebühren ohne Moderation zuerkannt, die andere Kosten aber dergestalt angeschlagen werden, damit der gewinnende Theil seiner nöthigen Auslagen und Unkosten sich geziemend dadurch erholen möge, wie denn auch die blose Eydesdelation von denen Expensen nicht sofort liberiren, sondern solches pro circumstantiis causae arbitrio iudicis überlassen seyn solle.

XV.

Abdruck der Gerichtsordnung der Kaiserlich freyen Reichsstadt Bremen, nach welcher an den Gerichten, sowol in, als außerhalb der Stadt verfahren wird, Bremen 1751. fol.

Part. II. Tit. 5. §. 5.

Kann der Diffamat die Diffamation nicht erweisen, so wird der angegebene Diffamant absolvirt, und iener demselben die Gerichtskosten zu erstatten angewiesen.

Part. II. Tit. 6. §. 8.

So viel aber die Gerichtskosten betrift, sollen dieselben, sie seyen von den Parteyen gefor-

gefordert, oder nicht, zuerkannt werden, wenn der Gegentheil sonsten pro temerario litigatore zu achten.

Part. II. Tit. 11. §. 6.

Uebrigens soll das Iuramentum calumniae den succumbirenden Theil von Erstattung der Unkosten nicht befreyen.

Part. II. Tit. 24. §. 1.

Der succumbirende Theil wird in die Gerichtskosten condemnirt, wenn er nicht einen genugsamen Grund, den Proceß zu führen, gehabt.

§. 2.

Von Erstattung der Proceßkosten soll weder die nahe Anverwandtschaft, noch, daß die Sache durch Ableistung des deferirten Haupteydes, noch des Iuramenti suppletorii entschieden worden, den succumbirenden Theil befreyen.

§. 3.

Wenn gleich die Parteyen anfänglich scheinbare Ursachen zu Führung des Processes haben möchten, im Verfolg aber durch des Gegentheils Vorstellung, oder sonsten ihren Unfug erfahren, und demohngeachtet den Proceß fortführen, sollen dieselben von der Zeit an, daß ihnen von dem Proceß abzustehen gebührt hätte, die Gerichtskosten erstatten.

§. 4.

§. 4.

Hat der succumbirende Theil ein Urthel in erster Instanz vor sich, soll er nicht in die Gerichtskosten condemnirt werden, es sey dann, daß selbst aus den Acten voriger Instanz dessen Temeritas litigandi offenbar wäre.

Part. III. Tit. 2. §. 4.

Wenn die Urthel in der Restitutions-Instanz abgeändert wird, dadurch aber, daß der Implorant die angeführte Noua in erster Instanz beyzubringen versäumet, der Proceß verzögert worden, soll derselbe, der erkannten Restitution ohngeachtet, die Gerichtskosten der vorigen Instanz dem Imploraten, nach dem Ermessen des Gerichts, erstatten.

Verbesserungen.

S. 8. Z. 15. l. Gerichte st. Gericht. S. 17. Z. 10 und 11. l. gebührend zu züchtigen wußte st. zur gebührenden Strafe zu ziehen wußte. S. 24 Z. 4. l. desselben Chicane st. Chicane desselben. S. 67. Z. 6. l. erhalten st. erhatlen. S. 119. Z. 14. l. sichtbare st. sichtbar. S. 125. Z. 15 und 16. l. dieser st. dieses. S. 193. Z. 2. l. könne st. können. S. 214, Z. 24. wie auch S. 215. Z. 8. S. 249. Z. 14. S. 252. Z. 9. S. 264. Z. 2. l. Kostenversgleichung st. Kostenvergütung. S. 219 Z. 15. l. in den st. den. S. 224 Z. 16. l. beschuldigen st. heschuldigen. S. 256. Z. 6. l. Hindernisse st. Hindernissen. S. 281. Z. 3. l. §. 55. st. §. 56.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Emmrich, Jakob Friedrich Georg

Ueber die Proceßkosten, deren Erstattung und Compensation

Bd.: [1]

Göttingen 1791

J.pract. 61-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10553981-3
VD18 80369243-001